Das Wesen des Gründungsaktes bei der Simultangründung der Aktiengesellschaft

nach dem Handelsgesetzbuch
für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Gotthold Hammer
bacc. jur.
aus Grünhainichen (Sachsen).

Leipzig
Druck von August Hoffmann
1910

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535715_0073

Meiner Mutter!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 11

I. **Die Simultangründung im Gegensatz zur Sukzessivgründung.**

§ 2. Vergleich des Gründungshergangs beider Gründungsarten 12
§ 3. Rechtliche Abgrenzung beider Gründungsarten . . . 14
§ 4. Anwendung beider Gründungsarten in der Praxis . . 18

II. **Der Gründungsakt.**

§ 5. Allgemeines 19
§ 6. Die Terminologie der Handelsgesetzgebung 21
§ 7. Rechtliche Natur des Gründungsaktes 30

III. **Statutfeststellung.**

§ 8. Allgemeines 36
§ 9. Form und Inhalt 37
§ 10. Rechtliche Natur 44
§ 11. Wirkung 50

IV. **Aktienübernahme.**

§ 12. Form 52
§ 13. Rechtliche Natur 55
§ 14. Wirkung 70
§ 15. Errichtung. (Übernahme aller Aktien) 71

Literatur-Verzeichnis.

Auerbach. W. Auerbach: „Das Gesellschaftswesen." Frankfurt a. Main. 1861.

Averbeck. B. Averbeck. „Wesen der Aktienzeichnung, Rechte und Pflichten aus der Zeichnung." Diss. Jena 1900.

Begründung u. Entw. des Gesetzes von 1884. Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften nebst Motiven und Anlagen." Berlin 1884.

Behrend. Fr. Behrend. „Lehrbuch des Handelsrechts." Bd. 1, Abt. 3. Berlin 1896.

Brinkmann. C. H. L. Brinkmann: „Lehrbuch des Handelsrechts." Heidelberg 1852.

Clavuot. A. Clavuot: „Gründungshergang bei der Simultangründung der Aktiengesellschaft." Diss. Leipzig 1905.

Cosack H.-R. K. Cosack: „Lehrbuch des Handelsrechts." 6. und 7. Aufl. Stuttgart 1903.

Gareis H.-R. Gareis: „Das deutsche Handelsrecht." 8. Aufl. Berlin 1909.

-- *H.-G.-B.* Gareis: Handelsgesetzbuch." 3. Aufl. München 1905.

Gareis-Fuchsberger. Gareis-Fuchsberger: „Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch nebst anschließenden Reichsgesetzen." Berlin 1891.

Garsen. v. Garsen: Rechtliche Natur der Aktienzeichnung." Diss. Breslau 1908.

Gaubatz. Gaubatz: „Die Entstehung der Aktiengesellschaft." Diss. Erlangen 1899.

Gierke D.-P.-R. O. Gierke: „Deutsches Privatrecht." Bd. 1. Leipzig 1895.

Gierke G.-Th. O. Gierke: „Genossenschaftstheorie." Berlin 1887.

Gleiniger. Gleiniger: „Wesen der Aktienzeichnung; Rechte und Pflichten aus der Zeichnung." Diss. Jena 1906.

Goldmann. S. Goldmann: „Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897." Berlin 1905.

Hahn. I. F. E. Hahn: „Über die aus der Aktienzeichnung hervorgehenden Rechtsverhältnisse." Straßburg 1874.

Hahn - Materialien. Hahn: „Materialien zu den Reichsjustizgesetzen." Bd. VI. Handelsgesetzbuch 1897.

Hellwig. Hellwig: „Verträge auf Leistung an Dritte." Leipzig 1899.

Hergenhahn. Th. Hergenhahn: „Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884." Berlin 1891.

Homberger. L. Homberger: „Das Recht der entstehenden Aktiengesellschaft." Diss. Würzburg. 1906.

Jahn. Jahn: Der Einfluß von Willensmängeln bei der Aktienzeichnung. Diss. Würzburg. 1906.

Jolly. Jolly: „Recht der Aktiengesellschaft" in Bd. XI der Zeitschrift für Deutsches Recht, S. 317 ff.

Kuntze. Kuntze: „Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff," in der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Müller. Leipzig 1992.

Laband. P. Laband in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. VII. Erlangen 1864.

Landauer. Landauer: „Die Errichtung der Aktiengesellschaft." Diss. Erlangen 1891.

Lehmann A.-G. K. Lehmann: „Das Recht der Aktiengesellschaft." Bd. 1. Berlin 1898.

Lehmann H.-R. R. Lehmann: „Lehrbuch des Handelsrechts." Berlin 1908.

Lehmann-Ring. Lehmann-Ring: „Das Handelsgesetzbuch." Bd. 1. Berlin 1902.

Litthauer - Mosse. Litthauer-Mosse: „Das Handelsgesetzbuch." 13. Aufl. Berlin 1905.

Löwenfeld. Löwenfeld: „Recht der Aktiengesellschaften." Berlin 1879.

Lutz-Prot. Lutz: „Protokolle der Kommissionen zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs." Würzburg 1858 ff.

Makower. F. Makower: „Kommentar zum Handelsgesetzbuch." 13. Aufl. Berlin 1908.

Molle. Molle: „Die Lehre von den Aktien- und Kommanditgesellschaften auf Aktien." Berlin 1875.

Pinner. A. Pinner: „Kommentar zu Buch 2 Abschnitt 3 und 4 des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897." Berlin 1899.

Plathner. Plathner: „Die Entstehung der Aktiengesellschaft", in Gruchots Beiträgen Bd. 21 S. 364 ff.

Primker. Primker: „Die Aktiengesellschaft", in Endemanns Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Leipzig 1881—1885.

Puchelt-Förtsch. Puchelt-Förtsch: „Kommentar zum Handelsgesetzbuch." 1893.

Regelsberger. F. Regelsberger: „Pandekten." Bd. 1. Leipzig 1893.

Reis. Th. Reis: „Zeichnung und Übernahme von Aktien." Diss. Jena 1906,

Renaud. A. Renaud: „Recht der Aktiengesellschaft." 2. Aufl. Leipzig 1875.

Ring. V. Ring: „Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft." Berlin 1886.

Schmidt. R. Schmidt: „Der Gesellschaftsvertrag des Aktienvereins," in Holdheims Wochenschrift Bd. 1. 1892.

Siebert. K. Siebert; „Bedeutung und Wesen der Aktienzeichnung." Diss. Rostock. 1907.

Silbernagel. Silbernagel: „Die Gründung der Aktiengesellschaft nach deutschem, schweizerischem, französischem und englischem Aktienrecht." Berlin 1907.

Staub. H. Staub: „Kommentar zum Handelsgesetzbuch." 8. Aufl. Bd. 1. Berlin 1906.

Takaki. Kurakichi Takaki: „Die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft bis zu ihrer Eintragung in das Handelsregister." Diss. Heidelberg 1906.

Thöl. H. Thöl: „Das Handelsrecht". Bd. 1. 6. Aufl. Leipzig 1878.

Völderndorff. von Völderndorff: „Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und Aktiengesellschaften vom 18. Juli 1884." Erlangen 1885.

Wachtel. A. Wachtel: „Wesen der Aktienzeichnung, Rechte und Pflichten aus der Zeichnung." Diss. Jena 1903.

Werner. Fr. Werner: „Wesen der Aktienzeichnung." Diss. Heidelberg 1906/07.

Wiener. Dr. Wiener: „Die Errichtung der Aktiengesellschaft," in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 24.

Witte. Witte in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. VIII.

Wolff. Wolff: „Über die Rübenlieferungspflicht der Aktionäre von Zuckerfabriken in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 32.

RG. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGStr. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

§ 1.

Einleitung.

Das geltende Handelsrecht unterscheidet nach der Art und Weise, wie das Grundkapital aufgebracht wird, zwei Arten der Gründung einer Aktiengesellschaft, für die in der Wissenschaft und Praxis die Namen „Simultan-“[1]) (auch „Einheits“- oder „Gleich“gründung und „Sukzessivgründung“ auch „Stufengründung“) gebräuchlich sind. Werden nämlich alle Aktien von aktienrechtlich als Gründer qualifizierten Personen „übernommen“, so liegt Simultangründung vor; „übernehmen jene aber nur einen Teil der Aktien, während der Rest in gesetzlich bestimmter Form „gezeichnet“ wird, so haben wir es mit einer Sukzessivgründung zu tun. Die umständlichen Vorgänge bei der letzten Gründungsform sind aber dem Handelsstande so unsympathisch, daß diese in der Praxis kaum vorkommt. Der Hauptgrund der Unbeliebtheit der Sukzessivgründung dürfte wohl in der Bestimmung des § 196 Abs. 3 des Handelsgesetzbuchs zu suchen sein, auf Grund deren eine gesetzlich festgesetzte Mehrheit der im Aktionärverzeichnis aufgeführten Aktionäre die Möglichkeit hat, die Errichtung der Gesellschaft überhaupt abzulehnen.

---

[1]) Zum ersten Male finden sich die Ausdrücke „Simultan-“ und „Sukzessivgründung“ im Entwurf von 1883. (Begründung z. Entw. des Gesetzes von 1884, S. 87.)

Obwohl also praktisch die Simultangründung die bei weitem wichtigere Form ist, so hat doch die Kompliziertheit des Gründungsherganges bei der Sukzessivgründung zu einer ihrer praktischen Bedeutung durchaus nicht entsprechenden Fülle von Abhandlungen über diese geführt, während die weit häufigere, wenn auch weniger komplizierte Simultangründung in einer ihre praktische Wichtigkeit verkennenden Weise vernachlässigt worden ist. Aufgabe dieser Abhandlung soll es daher sein, das Wesen des grundlegenden, zur Errichtung[1]) der Aktiengesellschaft führenden Gründungsaktes, über das bis heute gestritten worden ist, möglichst klarzulegen. Wir werden zunächst die Simultangründung im Gegensatz zur Sukzessivgründung einer Untersuchung unterziehen, hierauf bei der Simultangründung den Gründungsakt als Einheit erörtern und alsdann auf die Statutfeststellung und die Aktienübernahme im einzelnen eingehen.

I. Die Simultangründung im Gegensatz zur Sukzessivgründung.

§ 2.

Vergleich des Gründungsherganges beider Gründungsarten.

Um eine knappe vergleichende Darstellung der beiden Gründungsarten der Aktiengesellschaft zu ermöglichen und spätere Wiederholungen und längere Auseinandersetzungen vermeiden zu können, müssen wir an dieser Stelle eine kurze Schilderung des äußeren Verlaufs des Werdegangs bei beiden Gründungsformen in ihren vom Gesetz gegebenen

[1]) § 188 HGB.

Phasen folgen lassen. Bei der Sukzessivgründung können wir folgende Phasen der Entwicklung unterscheiden:

1. Feststellung des Statuts (nach dem Wortlaut des Gesetzes: „Inhalt des Gesellschaftsvertrags") unter Übernahme von mindestens je einer Aktie durch mindestens fünf Personen — Gründer —. HGB. § 182.

2. Aufbringung des übrigen Grundkapitals durch Aktienzeichnung. HGB. § 189.

3. Wahl des Aufsichtsrats und event. des Vorstands in der sogen. Vorgründungsgeneralversammlung (bestehend aus Gründern und Aktienzeichnern). HGB. § 190 Abs. 2,3.

4. Einzahlung von mindestens 25 % des Nominalbetrags; hierzu kommt im Falle der Überpariemission das Agio. HGB. § 195 Abs. 3.

5. Prüfung des Gründungshergangs durch Vorstand und Aufsichtsrat, event. durch besonders dazu bestellte Revisoren. HGB. § 192.

6. Anmeldung beim Handelsregister. HGB. § 195.

7. Errichtungsbeschluß durch die sogen. Gründungsgeneralversammlung. HGB. § 196.

8. Eintragung ins Handelsregister und Veröffentlichung. HGB. §§ 198, 199, 200[1]).

Wesentlich einfacher stellt sich der Gründungshergang bei der Simultangründung dar. Die Entwickelungsphasen sind hier:

1. Feststellung des Statuts und Übernahme aller Aktien (für letzteres ein oder mehrere[2]) Verhandlungen möglich). HGB. §§ 182, 188.

2. Wahl des Aufsichtsrats und event. des Vorstands. HGB. § 190 Abs. 1,3.

---

[1]) Ebenso mit geringen Abweichungen: Averbeck S. 3f.; Cosack H.-R. S. 607ff.; Garsen S. 34; Goldmann § 189 Anm. 5 II; Reis S. 2; Staub § 189 Anm. 27.

[2]) Siehe unten § 12.

1. und 2. kann in einer Verhandlung geschehen.

3. Einzahlung von mindestens 25 % des Nominalbetrags event. zuzüglich des Agios. HGB. § 195 Abs. 3.

4. Prüfung des Gründungshergangs. HGB. § 192.

5. Anmeldung zum Handelsregister. HGB. § 195.

6. Eintragung ins Handelsregister und Veröffentlichung. HGB. §§ 198—200.

Die Simultangründung geht insoweit viel einfacher vonstatten, als bei ihr die beiden besonders zeitraubenden und umständlichen Generalversammlungen, einerseits zur Wahl von Vorstand und Aufsichtsrat, andererseits zur endgültigen Errichtung der Aktiengesellschaft berufen, wegfallen. Bedenkt man, daß bei der Simultangründung die Gründer die Möglichkeit haben, in einer einzigen Verhandlung sowohl das Statut festzustellen, alle Aktien zu übernehmen, womit die Aktiengesellschaft als errichtet gilt, als auch Aufsichtsrat und Vorstand zu wählen, und sie nichts daran hindert, auch sofort das gesetzlich geforderte Viertel des Nominalbetrags der übernommenen Aktien einzuzahlen, sodaß nach erfolgter Prüfung des Gründungsherganges sofort die Anmeldung zum Handelsregister erfolgen kann, so läßt sich die Vorliebe des Handelsstandes für diese Gründungsart nur zu gut verstehen.

§ 3.

Rechtliche Abgrenzung beider Gründungsarten.

Wie wir aus obiger Aufstellung ersehen, kann bei der Simultangründung das Grundkapital in der Weise aufgebracht werden, daß die Gründer bei der Statutfeststellung zugleich sämtliche Aktien übernehmen. Geschieht dies nicht in dieser Verhandlung, so läßt das Gesetz in § 188 Abs. 2 die Übernahme des Restes des Grundkapitals durch die Gründer „in einer besonderen gerichtlichen oder nota-

riellen Verhandlung“ zu. Das Gesetz[1]) versteht nun unter den Gründern nicht nur die Aktionäre, welche das Statut festgestellt haben, sondern auch die, welche andere als durch Barzahlung zu leistende Einlagen machen, m. a. W. die Sacheinleger. Übernehmen letztere in der vom Gesetz vorgeschriebenen Form im Verein mit den Statutenfeststellern sämtliche Aktien, so fällt diese Gründungsart gleichfalls unter die der Simultangründung. In der Theorie wird jene Gründungsform, bei der Statutfestlegung und Aktienübernahme in einer einheitlichen Verhandlung erfolgen, als reine[2]), auch einfache[3]) Simultangründung[4]), diejenige, bei der die Übernahme in mehreren Verhandlungen erfolgt, als zusammengesetzte[5]) und schließlich diejenige, bei welcher Sacheinleger die Aktien mit übernehmen, als qualifizierte Simultangründung bezeichnet.

In seinem Werke: „Recht der Aktiengesellschaft“ betont Lehmann[6]), daß die deutsche Gesetzgebung mit Einreihung des letzterwähnten Falls unter die Simultangründung die Grenze zwischen dieser und der Sukzessivgründung verschoben habe, wobei er die Simultangründung nur dann als vorhanden angesehen wissen will, wenn lediglich die statutfeststellenden Gründer das Grundkapital übernehmen. Lehmann sieht also das „Simultane“ in der Gleichheit der Personen, der Statutfeststeller und Aktienübernehmer. Er übersieht hierbei u. E., daß das Gesetz wesentliches Gewicht legt auf die Gleichheit der Form der Übernahme, wie sich bei einem Vergleiche von § 182 Abs. 1

---

[1]) § 187 HGB.

[2]) Gaubatz S. 31.

[3]) Clavuot S. 3.

[4]) Lehmann bezeichnet diese als den „eigentlichen Fall der Simultangründung“.

[5]) Gambatz S. 31.

[6]) Lehmann A.-G. Bd. I S. 325.

und § 188 Abs. 2 ergibt. Wir stimmen hier vollkommen Goldmann[7]) bei, nach welchem eine Simultangründung nur dann vorliegt, wenn die Übernahme der Aktien in der Feststellungsverhandlung gemäß § 182 Abs. 1 oder in einer Nachtragsverhandlung gemäß § 188 Abs. 2 geschieht. Noch treffender hebt Makower[8]) diesen Punkt hervor: „Das Übernehmen von Aktien" im Sinne des HGB ist nur ein Übernehmen in bestimmter Form (gemeinsamer gerichtlicher oder notarieller Verhandlung) und diese in § 188 Abs. 2 erwähnte Form ist in Wahrheit nicht — was sie nach der Fassung des Gesetzes scheinen könnte —, eine Folge der Gleichgründung; die Beobachtung dieser Form ist vielmehr eines der „Merkmale für die Begriffsbestimmung".

Hebt man dies nicht klar genug hervor, so kommt man zu einer viel bedenklicheren Verschiebung der Grenze zwischen Simultan- und Sukzessivgründung. So gibt Wachtel[9]) den Unterschied zwischen beiden Gründungsarten dahin an, daß bei der ersten das Grundkapital allein von den Gründern, das andere Mal mit Hülfe der Zeichner aufgebracht werde. Nach dem Wortlaut des Gesetzes könnte es allerdings scheinen, als ob darin der Unterschied zwischen beiden Gründungen bestehen solle. Vergl. § 188 Abs. 1, § 190 Abs. 1: „Übernehmen die Gründer alle Aktien"; § 189 Abs. 1, § 190 Abs. 2: „Übernehmen die Gründer nicht alle Aktien". Dies ist aber nicht dem Sinne des Gesetzes entsprechend. Kann Gleichgründung zwar nur vorliegen, wenn alle Erwerber von Aktien „Gründer" sind, so ist aber nicht auch umgekehrt richtig — wozu Wachtels Definierung führen muß — daß, falls alle

[7]) Goldmann § 189 Ziff. 1.
[8]) Makower § 188 Anm. III.
[9]) Wachtel S. 8.

Erwerber von Aktien Gründer sind, notwendig Simultangründung vorliegt. Wie schon oben erwähnt, gebraucht das HGB den Ausdruck „Aktien übernehmen“ in ganz fest umgrenztem Sinne[10]) und subsumiert darunter keineswegs den Begriff der Aktienzeichnung[11]). Wird daher der nicht „übernommene“ Teil des Grundkapitals von den Gründern mittels Zeichnungsschein „gezeichnet“, so ist zwar das gesamte Grundkapital nur von den Gründern aufgebracht, aber nicht auf dem Wege der Simultan-, sondern auf dem der Sukzessivgründung. Dies wird in der Theorie vielfach verkannt.

In der Praxis wäre der Fall in der Weise denkbar, daß die zur Unterbringung mittelst Zeichnung bestimmte Aktienzahl nicht oder nicht sofort untergebracht werden kann. Wollen die Gründer das Unternehmen nicht erheblich verzögern oder ganz scheitern lassen, so bleibt ihnen nichts anderes übrig, als den Rest der Aktien selbst zu zeichnen. Denn das Gesetz verlangt in § 189 Abs. 1, daß im Falle der Sukzessivgründung der Errichtung der Gesellschaft die Zeichnung der nicht übernommenen Aktien vorangehe. Jedoch auch bei derart gestalteter Sachlage können die Gründer immer noch den Weg der Simultangründung einschlagen, vorausgesetzt, daß überhaupt keine Aktie gezeichnet ist, indem sie die sämtlichen, vordem zur Zeichnung bestimmten Aktien nachträglich in einer Verhandlung der in § 188 Abs. 2 bestimmten Art „übernehmen“. Ja, gegen das Vorliegen einer Simultangründung spricht nicht einmal der Umstand, daß die Gründer vor der „Übernahme“ sämtlicher Aktien der Zeichnung ähnliche Einschreibungen in eine Liste entgegengenommen haben, womit sie eine

[10]) Abweichend vom Reichsstempelgesetz § 3 „Zeichnung“. RGStrB. 17 S. 437; Bd. 25 S. 145.

[11]) Ebenso Makower § 188 Anm. III. — Das Nähere über den Unterschied von „Übernahme“ und „Zeichnung“ siehe unten § 13.

vorläufige Übersicht darüber zu gewinnen bezweckten, welche Personen demnächst die übernommenen Aktien zu erwerben geneigt sein würden[12]).

§ 4.

Anwendung beider Gründungsarten in der Praxis.

Ganz selten übernehmen die Gründer sämtliche Aktien um sie zu behalten — mit Ausnahme vielleicht von sehr gewinnverheißenden Unternehmen —, sondern nur, um den schwierigen Formen der Sukzessivgründung zu entgehen, und vor allem, um bei der weiteren Unterbringung der Aktien zu verdienen. Bei der Sukzessivgründung, wo meist der größte Teil der Aktien von vornherein sofort unter das Publikum kommt, besteht der Verdienst im wesentlichen im Gründerlohn und in den Gründervorteilen, die aber zu ihrer Gültigkeit der Aufnahme in das Statut bedürfen[1]) und somit der Genehmigung der Gründungsgeneralversammlung unterliegen. Bei der Simultangründung dagegen erfolgt in den meisten und bedeutendsten Fällen die Übernahme sämtlicher Aktien durch einige wenige Firmen, welche regelmäßig ein Gründerkonsortium bilden, das sich zur Aufgabe setzt, die Aktien durch Subskription zu veräußern, sie auf der Börse einzuführen oder sonstwie zu lanzieren, gewöhnlich auf Grund von öffentlichen Ankündigungen, um mittelst des durch wirkliche oder fingierte oder gemischte Nachfrage am Markte erreichten Aufschlages der Aktien möglichst große Vorteile herauszuschlagen[2]). Im Grunde genommen sind mit der Abstoßung der Aktien sofort nach der Eintragung der Aktiengesellschaft ins Han-

---

[12]) Vgl. Makower, § 188 Anm. III.

[1]) HGB. § 186 Abs. 1.

[2]) Vgl. Gareis-Fuchsberger, Bem. 166 S. 405. Cosack, HR. S. 571.

delsregister an dritte bei der Gründung unbeteiligte Personen alle diejenigen Voraussetzungen gegeben, bei denen vom Gesetz die Form der Sukzessivgründung vorgeschrieben wird. Daß zu dieser Möglichkeit, auf solche Weise die härtere Bedingungen stellende Errichtungsform zu umgehen, in den Schutz- und Strafvorschriften des HGB. ein noch nicht genügendes Gegengewicht gegeben ist, dürfte wohl zugestanden werden[3]).

II. Der Gründungsakt.

§ 5.

Allgemeines.

Soll eine bereits bestehende Firma in eine Aktiengesellschaft umgewandelt oder einem neuen Unternehmen die rechtliche Gestalt einer solchen gegeben werden, so setzen sich die Unternehmer gewöhnlich zu diesem Zwecke mit einer oder mehreren Banken oder mit anderen kapitalkräftigen privaten Körperschaften in Verbindung. In den meisten Fällen wird dann zunächst in privaten Verhandlungen über die erforderlichen Kräfte und Mittel beratschlagt, das Statut entworfen und überhaupt das Bild der geplanten Gesellschaft bis ins Kleinste ausgearbeitet. Dann folgt erst der eigentliche Gründungsakt, bei der Simultangründung Statutfestsetzung und Übernahme sämtlicher Aktien in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung, darauf Wahl des Vorstandes usw. bis zur Publikation der Eintragung. Größtenteils werden jene privaten Verhandlungen dazu führen, daß die Unternehmer sich gegenseitig zur Vornahme aller der Handlungen verpflichten, die zum Zustandekommen der Aktiengesellschaft erforderlich sind.

[3]) Ähnlich Landauer S. 10.

Das damit entstehende Rechtsverhältnis zwischen den Unternehmern ist das einer einfachen bürgerlichen Gesellschaft, in der Handelswelt Gründerkonsortium oder Gründersyndikat genannt, der geschlossene Vertrag ein Gesellschaftsvertrag gemäß § 705 ff BGB. Der gemeinsame Zweck, zu dessen Erreichung sie sich verpflichten, besteht in der Gründung der Aktiengesellschaft. Jeder ist dem anderen verpflichtet, Aktien zu übernehmen, das Statut mit zu entwerfen, Vorstand und Aufsichtsrat zu wählen und vor allem an der konstituierenden Verhandlung teilzunehmen[1]). Keineswegs ist aber denen beizustimmen, die das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses unter den Unternehmern als eine notwendige Voraussetzung für den Gründungsakt ansehen[2]). Wenn behauptet wird, daß „nach der heutigen Gesetzgebung der Schöpfungsakt notwendig der Ausfluß eines Sozietätswillens, des Willens der Gründersozietät sei[3])", so muß dem mit Kuntze[4]) entgegengehalten werden, daß es wohl möglich ist, daß unter den Gründern bis zum Augenblicke der Gründung alles unbestimmt bleibt. Obwohl alle Einzelheiten aufs genaueste besprochen und der Statutenentwurf schriftlich fixiert ist, hat sich noch keiner der Unternehmer zur endgültigen Bindung entschlossen, vielmehr soll die konstituierende Verhandlung erst entscheiden. Hier kann von einem Gesellschaftsvertrage im obigen Sinne keine Rede sein.

Wie schon erwähnt, geht allerdings in den allermeisten Gründungsfällen dem eigentlichen Gründungsakt der Abschluß eines Gesellschaftsvertrags im Sinne des BGB. voraus. Diese Tatsache und die unpassende und irreführende

[1]) Kuntze S. 75 ff; Gierke G. Th. S. 129 ff; Gareis-Fuchsberger S. 215; Silbernagel S. 117 ff; Lehmann A.-G. S. 346.

[2]) So Cosack H.-R. S. 567; Werner S. 8.

[3]) Werner S. 8.

[4]) Kuntze S. 74; ähnlich Silbernagel S. 119.

Terminologie der Handelsgesetzgebung haben es vor allem bewirkt, daß die rechtliche Natur des Gründungsaktes bei der Aktiengesellschaft bis heute bestritten ist.

§ 6.

Die Terminologie der Handelsgesetzgebung.

Die Wissenschaft spaltet sich bezüglich der Frage nach dem Wesen des Gründungsaktes in zwei Lager. In dem einen hält man, auf romanistischer Basis fußend, an der Vertragsnatur des Gründungsaktes fest und folgt damit der Terminologie des Gesetzes; in dem anderen kämpft man, mehr dem germanischen Rechte folgend, mit immer größerem Erfolge für die Theorie, nach der die Gründung einer Aktiengesellschaft auf einer einseitigen, übereinstimmenden Willensaktion, einem Gesamtakt, beruht, während die Gesetzesterminologie verworfen wird.

Daß die Aktiengesellschaft keine Gesellschaft im Sinne des bürgerlichen Rechts ist, dürfte heute fast allgemein anerkannt sein. Demzufolge finden auch nicht die Vorschriften des BGB. über die Gesellschaft, sondern die über den Verein subsidiäre Anwendung. Ebenso sind die Aktionäre keine Gesellschafter im Sinne des bürgerlichen Rechts, sondern Mitglieder und ihre Rechte sind Mitgliedsrechte[1]). Sehr bestritten ist von jeher der Ausdruck „Gesellschaftsvertrag“ gewesen. Die wesentliche Ursache ist in dem Umstande zu suchen, daß der Gesetzgeber selbst sich über seine Bedeutung nicht klar gewesen ist. Das HGB. von 1861 hielt nämlich für die Beurteilung der Vorbereitungshandlungen bei der Gründung einer Aktiengesellschaft die Regeln des bürgerlichen Rechts über den Vertrag für ausreichend und traf deshalb über diese nur einige wenige

---

[1]) Makower S. 443.

Bestimmungen[2]). Unter dem Ausdruck „Gesellschaftsvertrag" aber, den man ins Gesetz brachte, verstand der eine Teil der Abgeordneten etwas anderes als der andere[3]). Dachten die einen dabei an die Gesamtheit der zwischen den Gründern und Zeichnern getroffenen Vereinbarungen, so meinten die anderen damit den zwischen den Gründern allein im Gegensatze zu den Zeichnern geschlossenen Vertrag. Vereinzelt wurde auch die Ansicht geäußert, daß unter dem „Gesellschaftsvertrag" nicht sowohl der Akt des Vertragsschlusses, sondern nur der Inhalt desselben gemeint sei, d. i. die Summe der Bestimmungen, welche den Gegenstand des künftigen Gesellschaftsvertrags bilden sollten"[4]). Außerdem wurden die Ausdrücke „Gesellschaftsvertrag" und „Statut" für identisch gehalten und das Wort „Statut" hinter das Wort „Gesellschaftsvertrag" in Parenthese gesetzt. Auch bei der Redaktion des neuen Handelsgesetzbuches von 1897 ist man noch der letzteren Ansicht gewesen. Dies ersieht man aus einer Bemerkung des Abgeordneten Spahn bei Besprechung des neuen Entwurfes im Reichstage, wonach die Kommission bemüht gewesen sei, das Wort „Statut" wie einige andere Fremdwörter aus dem Entwurfe herauszubringen, und er bitte deshalb, im § 187, in dem das Wort „Statut" aus Versehen stehen geblieben sei, durch das Wort „Gesellschaftsvertrag" zu ersetzen[5]). Trotz dieser vermeintlichen Verbesserung ist aber die Terminologie des Gesetzes immer noch so unklar wie früher. Im § 182 Abs. 1 heißt es: „Der Inhalt des Gesellschaftsvertrages muß von mindestens fünf Personen festgestellt werden . . ."; dagegen im § 187: „Die Aktionäre, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt

[2]) Lutz Prot. S. 317 und 319; Gierke G.-Th. S. 138.
[3]) Lutz Prot. S. 316, 317, 318, 324—326, 1034 ff.
[4]) Lutz Prot. S. 1037.
[5]) Hahn: Materialien S. 710.

haben . . .", ebenso im § 188 Abs. 2: „Soweit die Übernahme nicht schon bei der Feststellung des Gesellschaftsvertrags erfolgt . . .". Dagegen heißt es wieder im § 195 Abs. 2, Nr. 1: „Der Anmeldung sind beizufügen:

1. Der Gesellschaftsvertrag **und** die im § 182 Abs. 1 und im § 188 Abs. 2 bezeichneten Verhandlungen". Das Gesetz selbst läßt nirgends etwas darüber verlauten, was es unter Gesellschaftsvertrag versteht. Bei einem Vergleiche von § 182 Abs. 1 mit § 187 und 188 Abs. 2 könnte es scheinen, als ob das Gesetz mit „Inhalt des Gesellschaftsvertrags" und „Gesellschaftsvertrag" dasselbe sagen wolle. Dagegen spricht aber der Wortlaut von § 195 Abs. 2, Nr. 1, wo es deutlich heißt: „Der Gesellschaftsvertrag **und** die im § 182 Abs. 1 und im § 188 Abs. 2 bezeichneten Verhandlungen" sind der Anmeldung beizufügen. U. E. ist der Widerspruch, der darin liegt, damit nicht beseitigt, daß man, wie Gareis[6]), unter „den im § 182 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 bezeichneten Verhandlungen" lediglich die Aktienübernahme versteht; denn § 182 Abs. 1 spricht klar und deutlich von der Feststellung „des Inhalts des Gesellschaftsvertrages durch mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen, in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung". Zur Lösung dieses Konfliktes muß hier ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung geworfen werden[7]). Die Formulierung des Artikels 174 Abs. 2 des alten HGB., welcher lautete: „Über die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrags (Statut) muß eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden", hatte die irrtümliche Auffassung entstehen lassen, als ob die Aufstellung des Statuts,

---

[6]) Gareis, HGC. § 195 Anm. 9.
[7]) Völderndorff S. 71 ff, S. 286 ff.

die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags, schon der Abschluß dieses Vertrages selbst sei. Diesen Übelstand suchte die Aktiennovelle von 1884 zu beseitigen; die Motive hierzu sagen in dieser Hinsicht folgendes[8]: „Begrifflich deckt sich die Aufstellung des Statuts nie mit der Errichtung des Gesellschaftsvertrages, und es ist daher unrichtig, wenn in dem bisherigen Artikel 174 Abs. 2 des HGB. das Statut als der Vertrag über die zu bildende Aktienkommanditgesellschaft[9]) bezeichnet wird. Es ist dies nicht blos theoretisch ungenau; vielmehr hat der Umstand, daß gesetzlich der Inhalt des Gesellschaftsvertrages (das Statut) von dem Vertrage selbst nicht streng auseinandergehalten wurde, in der Praxis mannigfache Übelstände zur Folge gehabt. Zum Teil ist gezeichnet worden, ehe ein förmliches Statut festgestellt war, und man hat hierbei die Feststellung des letzteren den Projektanten überlassen, ohne sich eine nachträgliche Genehmigung vorzubehalten. Oder es ist auf ein bestimmtes Statut hin gezeichnet worden, zugleich aber die Änderung des Statuts dem Mehrheitsbeschlusse der ersten Zeichnerversammlung überlassen worden. In anderen Fällen haben die Zeichner im Voraus diejenigen Änderungen genehmigt, welche die Staatsbehörde oder der Registerrichter fordern würde. In allen solchen Fällen haben spätere Zeichner Einwendungen gegen ihre Zahlungsverbindlichkeit erhoben und die Einwendungen sind zum Teil von den Gerichten für begründet erachtet worden. Das Gesetz hat daher mit Schärfe die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags von der Errichtung des letzteren geschieden. Es verlangt stets

[8]) Begründung z. Entw. des Gesetzes von 1884 S. 90.

[9]) Diese Aktiennovelle wie die von 1870 ging bekanntlich von der Aktienkommanditgesellschaft aus. Bezüglich dieser Frage decken sich aber Aktiengesellschaft und Aktienkommanditgesellschaft.

als ersten Schritt für die Gründung einer Aktienkommanditgesellschaft, daß die Verfassungsbestimmungen aufgestellt werden, nach welchen die zu errichtende Gesellschaft ins Leben und in Tätigkeit treten soll, und legt die Aufstellung den Gründern der Aktienkommanditgesellschaft auf. Erfolgt dann auf Grund des Statuts die Zeichnung der Aktien, und konstituiert sich die Gesellschaft daraufhin, so wird erst der Inhalt dieser Statuten zum Gesellschaftsvertrage. Eine Vorschrift zur nochmaligen gerichtlichen oder notariellen Fertigung des Vertrags ist indessen im Gesetz nicht enthalten."

Diesen Ausführungen gemäß schied auch die Gesetzesterminologie der Aktiennovelle von 1884 genau zwischen „Statut"-, „Inhalt des Gesellschaftsvertrags" und „Gesellschaftsvertrag". So hieß es in Artikel 209 Abs. 1, der dem § 182 Abs. 1 des heutigen HGB. entspricht: „Der Inhalt des Gesellschaftsvertrags (Statut) muß .... festgestellt werden", in Artikel 209c, dem jetzigen § 187: „Die „Aktionäre, welche das Statut festgestellt haben ...", in Artikel 209d Abs. 2, dem heute der § 188 Abs. 2 entspricht: „Soweit die Übernahme nicht schon bei Feststellung des Statuts erfolgt ist ...."

Hatte die Aktiennovelle von 1884 somit wenigstens klargestellt, was das Gesetz unter Statut und Gesellschaftsvertrag verstanden wissen wollte, und bedeutete dies gegen das alte HGB immerhin einen sehr erfreulichen Fortschritt, so sind wir heute dank dem Bestreben der Reichstagskommission[10]), bei der Redaktion des neuen Handelsgesetzbuches Fremdwörter auszumerzen, wieder glücklich auf dem Standpunkt des alten HGB angelangt, und der Fortschritt der Aktiennovelle von 1884 ist wieder quitt gemacht. Gebrauchte letzteres Gesetz das Wort „Statut"-

[10]) Siehe oben.

„Inhalt des Gesellschaftsvertrags“ und das Wort „Gesellschaftsvertrag“ in verschiedenem Sinne, der sich ja aus den Ausdrücken von selbst ergibt, so war es zweifellos ein Mißgriff, den ersteren Ausdruck durch den letzteren zu ersetzen. Mußte der Ausdruck „Statut“ als Fremdwort nun einmal aus dem Entwurfe verschwinden, so hätte vielleicht das Wort „Satzung“ oder ähnliches an seine Stelle treten können, und die alte Unklarheit wäre nicht wieder herbeigeführt worden. So aber läßt sich aus dem neuen HGB durchaus nicht ersehen, in welchem Verhältnisse die Ausdrücke „Inhalt des Gesellschaftsvertrags“ und „Gesellschaftsvertrag“ zu einander stehen, und nur mit Heranziehung des Gesetzestextes der Aktiennovelle von 1884, deren hier erörterte Vorschriften laut der Denkschrift zum Entwurfe[11]) des neuen HGB. außer obiger redaktioneller Änderung unverändert bleiben sollten, läßt sich das Rätsel lösen. In den §§ 187 und 188 Abs. 2 bedeutet „Gesellschaftsvertrag“ soviel wie „Inhalt des Gesellschaftsvertrags“-Statut. Dagegen ist in § 195 Abs. 2 Ziff. 1 das Wort „Gesellschaftsvertrag“ in der Bedeutung gebraucht, die die Aktiennovelle von 1884 ihm beilegte. In dem Satze: „Der Anmeldung sind beizufügen der Gesellschaftsvertrag **und** die im § 182 Abs. 1 und § 188 Abs. 2 bezeichneten Verhandlungen“ liegt kein Pleonasmus, wie nach der Auslegung von Gareis[12]) scheinen könnte. Vielmehr ersieht man daraus recht deutlich, daß das Gesetz zwischen Gesellschaftsvertrag und Statut begrifflich geschieden wissen will.

Nach Erklärung der Terminologie des Gesetzes kommen wir zu einer kurzen[13]) Prüfung seines Standpunkts in Hinsicht der rechtlichen Auffassung des Gründungsaktes. War

---

[11]) Hahn, Materialien S. 58.
[12]) Gareis HGB § 195 Anm. 9.
[13]) Ausführlicher siehe unten.

das alte HGB. in dieser Beziehung vollkommen vom Vertragsrecht beherrscht, so hat die Novelle von 1884, die erst in umfassender Weise die Gründung der Aktiengesellschaft normierte, trotz der irreführenden Festhaltung des Namens „Gesellschaftsvertrag“ [14]) in Wahrheit den Standpunkt des Gesellschaftsvertrages verlassen; es läßt sich sogar durchweg das Bestreben erkennen, dem Gedanken Ausdruck zu geben, daß die Erschaffung der Aktiengesellschaft durch gemeinschaftliche Willensaktion [15]) vor sich gehe und darin ein über das Vertragsrecht hinausgehender sozialrechtlicher Vorgang zu erblicken sei [16]). Das Gesetz spricht nirgends vom „Abschließen“ eines Gesellschaftsvertrags, sondern nur vom „Feststellen“ des „Inhalts des Gesellschaftsvertrags“ (bez. nur „des Gesellschaftsvertrags“), vom „Errichten“ der Gesellschaft usw. Damit ergibt sich, daß für uns der Ausdruck „Gesellschaftsvertrag“ für die juristische Konstruktion des Gründungsaktes so wenig maßgebend sein kann als die Bezeichnung „Aktiengesellschaft“ für die juristische Definition der letzteren [17]). Kann man die letztere Bezeichnung als von historischem Werte ansehen, so ist dies bei der ersteren durchaus nicht der Fall, und es ist daher um so mehr zu bedauern, daß das neue HGB. diesen Begriff eine noch häufigen Anwendung finden ließ als die früheren Gesetze.

---

[14]) Mit Recht bezeichnet Schmidt S. 294 den „Gesellschaftsvertrag“ als eine „katilinarische Existenz“ unter den juristischen Begriffen.

[15]) Giercke, G.-Th. S. 137.

[16]) Giercke, G.-Th. S. 138ff.

[17]) Giercke, G.-Th. S. 133 Anm. 3.

§ 7.

Rechtliche Natur des Gründungsaktes.

Da bei der Simultangründung die Gründer sämtliche Aktien übernehmen, und im Augenblicke der Übernahme der letzten Aktie nach § 188 HGB. die Aktiengesellschaft als errichtet gilt, so enthält der Gründungsakt begrifflich drei wohl auseinanderzuhaltende Vorgänge, nämlich die Statutfeststellung, die Aktienübernahme und die Errichtung der Aktiengesellschaft. Äußerlich zwar spielen sich alle drei Momente gewöhnlich in einem Akte ab, rechtlich aber hat jeder seine besondere Bedeutung. Wie später dargelegt werden wird, kann die Rechtsnatur dieser Einzelakte nur dann mit voller Klarheit bestimmt werden, wenn die Einheit, die diese Einzelakte bilden, der Gründungsakt, in seinem juristischen Wesen gewürdigt worden ist. Im folgenden soll daher zunächst die letztere Aufgabe zu lösen versucht werden.

Mit Hülfe der Aktiennovelle von 1884, die hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung des Gründungsaktes bei der Aktiengesellschaft, wie schon erwähnt, viele neue Gesichtspunkte bot, lassen sich in der Doktrin zeitlich zwei Perioden unterscheiden. Bis zu diesem Gesetze nämlich herrschte die oben erwähnte Vertragstheorie vor, die das Problem der rechtlichen Konstruktion der Aktiengesellschaftsgründung vom individualrechtlichen Standpunkte aus mit römisch-rechtlichen Begriffen lösen wollte. Allerdings hatte diese Theorie schon vor 1884 namhafte Gegner, vor allem Renaud, die aber in ihrer Zeit mit ihren damals vollkommen neuen Anschauungen nicht durchdringen konnten, aber auf die Aktiennovelle von 1884 von wesentlichem Einfluß waren und die neuere Richtung immerhin sehr wirksam vorbereiteten. Diese letztere setzte, gestützt auf das neue Aktiengesetz, nach 1884 immer erfolgreicher ein, indem

sie den individualrechtlichen Standpunkt vollkommen verließ und davon ausging, daß die Gründung der Aktiengesellschaft als Schöpfung eines neuen Rechtssubjekts vom Sozialrecht beherrscht werde. Allerdings halten auch heute noch bedeutende Schriftsteller[1]) an der Vertragsnatur des Gründungsaktes fest; doch läßt sich nicht verkennen, daß die Vertragstheorie mehr und mehr Anhänger verliert, und diese sich der sozialrechtlichen Theorie anschließen, auf deren Seite sich auch das Reichsgericht in mehreren Entscheidungen gestellt hat[2]).

Die beiden hauptsächlichsten Schwierigkeiten, die sich bei der juristischen Konstruktion des Gründungsaktes ergeben, sind einmal die Bestimmung der Stellung der Gründer in demselben, zum anderen die Frage, wie die Entstehung der Aktiengesellschaft als eines neuen Rechtssubjektes aus dem Gründungsakte zu erklären ist. Beide Schwierigkeiten nun brachten die Anhänger der Vertragstheorie in große Verlegenheit. Während man bisher unter dem Vertrage eine Willenseinigung und Willensbindung betreffs Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen, also betreffs der Gestaltung subjektiver Rechte verstanden hatte, m. a. W.: hatte man bisher als den wesentlichen Inhalt von Verträgen nur die Begründung von Obligationen zwischen den Beteiligten angenommen, so handelte es sich bei der Aktiengesellschaftsgründung um die Schöpfung eines Vereins, der als Rechtssubjekt anerkannt werden sollte, und in dem seine Mitglieder, ohne miteinander in obligatorischen Verhältnissen zu stehen, bestimmte Rechte und Pflichten haben sollten. Da nun dazu die Kraft des römisch-rechtlichen Vertrages nicht ausreichte, so suchte man sich in der Weise zu helfen, daß man von

---

[1]) Gareis, Lehmann-Ring, Pinner, Staub.
[2]) R. G. IX 36; XXIV 22; XXXI 22—23.

einer Rechtsbildung des neueren Rechts sprach, also einen deutsch-rechtlichen Vertrag annahm, für dessen Beurteilung man nicht mit den Anschauungen des römischen Rechts auskommen könne. Wie wenig sicher man aber in dieser Annahme war, zeigen die Worte Plathners[3]): „Wenn der Akt kein Vertrag wäre, was für ein Rechtsgeschäft sollte er denn dann sein?"

Es würde den Rahmen vorliegender Abhandlung weit überschreiten, wollten wir hier die ganze Reihe der Vertragstheorien einer Kritik unterziehen; wir werden uns daher im Folgenden auf den Versuch beschränken, unter Entwicklung unserer eignen Auffassung das Vorliegen eines Vertrages überhaupt zu widerlegen.

Von Anfang an war die Gesetzgebung bei der Gründung einer Aktiengesellschaft als der Schöpfung eines neuen selbständigen Rechtssubjekts sehr stark interessiert. War das Interesse im ersten Stadium ihres Auftretens so intensiv, daß man nur auf Grund eines Sondergesetzes eine Aktiengesellschaft ins Leben treten konnte, so begnügte man sich, als sie immer häufiger wurde, damit, ihre Entstehung von staatlicher Genehmigung abhängig zu machen[4]). Nach einiger Zeit gab man auch dieses Erfordernis auf und ging zum System der Normativbestimmungen über, nach dem die Gesellschaft als solche mit der Eintragung in das Handelsregister entsteht, und die Eintragung erfolgen muß, wenn den vorher zu erfüllenden, im wesentlichen formalen Erfordernissen genügt ist[5]). Das Haupterfordernis nun ist bei der Simultangründung mit dem Gründungsakte erfüllt. Denn damit ist einerseits die wichtigste „Voraussetzung für die Erzeugung einer Körperschaft, das Vorhandensein der für ihre Bildung wesentlichen Elemente" oder ihres soge-

[3]) Plathner, S. 370.
[4]) So HGB. von 1861.

nannten „Substrates“ gegeben[6]). Mit den fünf oder mehr Gründern ist das persönliche Substrat gegeben, mit der Übernahme sämtlicher Aktien wird das unpersönliche Substrat geschaffen. Zum anderen werden durch den Gründungsakt kraft der in ihm erfolgten Errichtung einer körperschaftlichen Verfassung und infolge der Kraft, die ihm das Gesetz speziell bei der Simultangründung zulegt, die so gegebenen Elemente als Einheit organisiert, zu einem von einem Gemeinwillen beseelten Vereinsorganismus verbunden.

Welcher rechtlichen Natur ist nun dieser Gründungsakt? Die klare Erkenntnis derselben wird bei der Simultangründung dadurch etwas getrübt, daß die Gründer gewöhnlich, wie oben bereits ausgeführt, die Statuten unter sich als socii, Teilhaber einer einfachen bürgerlichen, die Gründung des Aktienvereins bezweckenden Gesellschaft entworfen und sich zur Übernahme des Grundkapitals verpflichtet haben. Daß ein solcher Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 705ff BGB. nicht notwendig ist, haben wir bereits zu zeigen versucht[7]); da er aber gewöhnlich vorliegt, so ist es unsere Hauptaufgabe, darzulegen, daß derselbe von dem eigentlichen Gründungsakte und den darin enthaltenen einzelnen Gründungsvorgängen streng zu scheiden ist und aktienrechtlich gar keine Bedeutung hat. Die eventuell vorliegende Gründersozietät wirkt nur nach innen zwischen den Gründern und regelt die individuellen obligatorischen Beziehungen derselben zu einander, ist aber im Verhältnis der entstehenden Aktiengesellschaft unwesentlich. Denn aus dem Aktienrechte ergibt sich nicht, daß sie als Stadium des Werdeprozesses aufzufassen sei, aus dem sich im weiteren Verlaufe die Aktiengesellschaft ent-

---

[6]) Gierke. D. P.-R., S. 483ff.

[7]) Siehe oben § 5.

wickele. Es ist aber gerade der Hauptfehler der meisten Vertragstheorien, daß sie trotzdem bei der juristischen Konstruktion des Gründungsrechtes diese Gründersozietät mit in den Rahmen desselben hineinziehen.

Der gesetzlich festgelegte Verlauf des Gründungsaktes bei der Simultangründung ist Statutfeststellung und gleichzeitige Übernahme eines Teils oder sämtlicher Aktien in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung, im Falle der Übernahme nur eines Teiles der Aktien nachträgliche Übernahme des Restes in gleicher Verhandlung. Mit Unterbringung der letzten Aktie ist die Aktiengesellschaft errichtet. Das Gesetz verlangt also im öffentlichen Interesse, daß mindestens fünf Personen in offenkundiger Weise übereinstimmend erklären, die und die Bestimmungen, für deren Inhalt das Gesetz gewisse Vorschriften gibt, sollen die Verfassung der zu schaffenden Körperschaft sein, und daß dieselben[8]) Personen in derselben oder in mehreren Verhandlungen ebenso übereinstimmend erklären, das gesamte Grundkapital aufbringen zu wollen, ein jeder den für ihn besonders fixierten Teil. Anders lassen sich u. E. die Ausdrücke: „Inhalt des Gesellschaftsvertrages feststellen“ und „Aktien übernehmen“ schwerlich auslegen. Das Außergewöhnliche ist nun, daß eine Anzahl von Privatwillen durch ein derartiges einheitliches Zusammenwirken die Kraft hat, ein neues Rechtssubjekt zu erzeugen, oder besser, einen Körperschaftsorganismus hervorzubringen, den bei Erfüllung aller Normativbestimmungen die demnächstige Erlangung der Rechtsfähigkeit durch die Eintragung nicht versagt werden kann. Daß aber durch eine solche ge-

[8]) Da die qualifizierte Gründung für die gestellte Aufgabe ohne Bedeutung ist, wird sie in der Darstellung unberücksichtigt bleiben.

meinschaftliche Willensaktion eine derartige juristische Schöpfung sich vollziehen kann, beruht auf dem Willen des Gesetzgebers, welcher hinter dem Privatwillen[9]) steht.

Was ist nun das Wesen dieser gemeinschaftlichen Willensaktion? Kann es ein Vertrag sein?

Bei einem Vertrage stehen sich von vornherein stets mehrere Parteien gegenüber, die sich in einem Kampfe der Interessen befinden, der erst im Vertragsschluß zur Ruhe kommt[10]). Greifen wir den am häufigsten vorkommenden Vertrag, den Kaufvertrag heraus. Bezüglich des Kaufpreises stehen sich die Willensbestrebungen beider Parteien direkt konträr gegenüber. Der Käufer sucht möglichst billig zu kaufen, der Verkäufer möglichst teuer zu verkaufen. Oder fassen wir den Gesellschaftsvertrag ins Auge, den hier zum Vergleiche heranzuziehen wohl am nächsten liegt; beim Abschlusse eines solchen wird jeder Gesellschafter auf Kosten des anderen möglichst vorteilhaft abzuschneiden bestrebt sein; auch hier finden wir einen Interessenkampf vor. Bei jedem Rechtsgeschäft aber, das unter den Begriff „Vertrag" fällt, dürften wir dieselbe Erfahrung machen. Ganz anders liegen die Verhältnisse bei der den Gründungsakt bildenden gemeinschaftlichen Willensaktion. Die Beteiligten stehen sich nicht wie die Vertragsparteien im Interessenkampfe gegenüber, sondern stehen nebeneinander. Der gemeinsame, übereinstimmende Ausgangspunkt, den alle von Anfang an haben, ist der Gründungswille, der Wille, ein neues Rechtssubjekt hervorzubringen und die damit vom Gesetz verbundenen Pflichten auf sich zu nehmen. In dieser Hinsicht ist das Zusammenwirken der Unternehmer von Anfang an ein gleichartiges, ihr Streben ein vollkommen Hand in Hand gehendes[11]). Die einheitliche

[9]) Kuntze: Gesamtakt S. 75.
[10]) Kuntze: Gesamtakt S. 43ff.
[11]) Kuntze: Gesamtakt S. 43ff.

Erklärung dieses Gründungswillens mit seinem vom Gesetz teilweise statuierten Inhalte durch mindestens fünf Personen ist es allein, was aktienrechtlich das Gesetz interessiert, nicht aber, ob sich dieselben zur gemeinsamen Erklärung des Gründungswillens gegenseitig verpflichtet haben, und wie sie sich im einzelnen über den Inhalt desselben, etwa über eine oder alle Satzungsbestimmungen oder über die Höhe des von jedem zu übernehmenden Grundkapitalanteils, einigen. Nach dieser Seite hin läßt sich also der Gründungsakt nicht unter den Vertragsbegriff subsumieren. Aber auch in einer anderen, noch wichtigeren Beziehung gehen Gründungsakt und Vertrag weit auseinander. Der Vertrag bezweckt eine Rechtswirkung unter den Parteien, eine Begründung, Veränderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen unter diesen. Der Gründungsakt dagegen zielt wesentlich über den Rechtskreis der Unternehmer hinaus, indem er einen neuen Rechtsorganismus zu schaffen bestimmt ist.

Daß hier ein vom Vertrag verschiedenes, von ihm scharf auseinanderzuhaltendes Rechtsgeschäft vorliegt, hat schon Renaud[12]) empfunden und zum Ausdrucke gebracht, wenn er sagt: „Wie nämlich die Statuten auf vertragsmäßiger Festsetzung nicht beruhen, so wird auch der Aktienverein selbst durch Vertrag nicht errichtet. Wird zwar die Bildung einer solchen Gesellschaft ermöglicht durch Verträge zwischen den mehreren Gründern, durch Verträge der Unternehmer mit den einzelnen Zeichnern, so verdankt doch der Aktienverein als solcher seinen rechtlichen Bestand selbst dann keinem Vertrage, wenn er zunächst allein unter den mehreren Gründern, welche zusammen das gesamte Aktienkapital gezeichnet haben, ins Leben gerufen wird. Denn es fehlt hier an dem Stoffe eines solchen

[12]) Renaud S. 319.

Rechtsgeschäfts, da weder die Begründung, noch die Abänderung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen, sondern die Herstellung eines selbständigen Organismus, eines Rechtssubjekts bezweckt wird." Auf Renaud fußen Molle[13]) und Löwenfeld[14]), die es aber ebensowenig wie ersterer zu einer Formulierung des ihnen vorschwebenden neuen Rechtsbegriffes brachten. Dies gelang erst Gierke[15]) in seinem hochbedeutsamen Werke: „Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung". Er widerlegte die bis dahin vorherrschende Ansicht, daß die Aktiengesellschaft aus einem Vertrage hervorgehe und führte aus, daß die Gründungshandlung ein einseitiger Gesamtakt sei, der unter sozialrechtlichen Gesichtspunkten stehe und im Individualrecht keine Parallele besitze. Diesen seinen Standpunkt motiviert er in überzeugender Weise mit folgenden Sätzen[16]): „Es ist der sukzessiv sich entfaltende und verkörpernde Wille des werdenden Gemeinwesens, der in diesem Akte (d. h. Gründungsakte) sich selbst bejaht. Darum muß die Konstituierung der Körperschaft von ihrer ersten Konzeption bis zu ihrer endgültigen Perfektion als ein einheitlicher Akt gewürdigt werden. Die zahlreichen Einzelhandlungen sind als unselbständige Momente in der auf ein Ziel gerichteten Gesamthandlung enthalten. Darum ist sie ferner bereits ein körperschaftliches Handeln: Die sich vereinigende Gesamtheit muß als Einheit auftreten, um sich als Einheit zu setzen. Diesen spezifischen Charakter der Gründungshandlung bestätigt jede Beobachtung des bei Vereinsgründungen üblichen Verfahrens . . . ." Um den weiteren Ausbau von Gierkes Theorie machten sich dann

---

[13]) Molle S. 56.
[14]) Löwenfeld S. 79, S. 106.
[15]) Gierke: G.-Th. S. 133ff.
[16]) Gierke: G.-Th. S. 135.

vor allem Kuntze[17]) und nach diesem Lehmann[18]) besonders verdient. Ersterer wies das Vorkommen des Gesamtaktes auch bei anderen Rechtsvorgängen nach, ohne bisher als solcher mit voller Deutlichkeit erkannt zu sein, trug dadurch zur klaren Erkenntnis dieses neuen Rechtsbegriffes wesentlich bei und zeigte, daß derselbe für die Theorie unentbehrlich sei, wenn nicht der Vertragsbegriff durch Anwendung auf ganz heterogene Vorgänge in unzulässiger Weise erweitert werden und dadurch unklar zerfließen solle. Auf Grund dieser vergleichenden Forschungen definiert er den Gesamtakt als „ein Rechtsgeschäft, ein Zusammen- oder Nebeneinanderhandeln Mehrerer zur Erzielung einer einheitlichen Rechtswirkung im Verhältnis zu Dritten." Vergegenwärtigen wir uns den oben klargelegten Inhalt des Gründungsaktes, so müssen wir zu dem notwendigen Resultate kommen, daß der letztere nichts weiter und nichts anderes ist als ein Gesamtakt[19]).

III. Statutfeststellung.

§ 8.

Allgemeines.

Aus dem Korporationsbegriff der Aktiengesellschaft ergibt sich die Notwendigkeit, eine Satzung aufzustellen. Als

---

[17]) Kuntze: Gesamtakt in „Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Otto Müller. 1892.

[18]) Lehmann: Recht der Aktiengesellschaften. Bd. I, S. 309ff.

[19]) Derselben Ansicht: Averbeck S. 25, Clavuot S. 36, Cosack, H.-R. S. 568, Ebert S. 7, Gleiniger S. 18, Hellwig S. 251, Homberger S. 17, Jahn S. 26, Regelsberger Bd. I S. 305, Reis S. 75, Siebert S. 47, Silbernagel S. 112, Takaki S. 20, Wachtel S. 6, Werner S. 8.

Im wesentlichen gleichkommend: Makower S. 188 I, Wolff S. 26.

ein Rechtssubjekt von gewissermaßen künstlicher Erzeugung bedarf der Aktienverein nicht nur für sein späteres Gesellschaftsleben, sondern auch für seinen Werdegang eines Statuts, d. h. einer Summe von Verfassungsbestimmungen, welche die Lebensbedingungen der Gesellschaft, das Verbandsleben und die Rechtsbeziehungen der künftigen Gesellschaft zu ihren Mitgliedern regeln. Die Gesamtheit dieser Normen bezeichnet das Gesetz bald als „Inhalt des Gesellschaftsvertrags“ [1]), bald nur als „Gesellschaftsvertrag“[2]). Daß die Satzung aber kein Vertrag, geschweige denn ein Gesellschaftsvertrag und ebensowenig der Inhalt eines solchen ist, haben wir in großen Zügen schon oben[3]) darzulegen versucht und wird weiter unten[4]) nähere Beleuchtung erfahren. Wir werden uns daher im Einklange mit dem größten Teil der Literatur wie bisher auch fernerhin der viel korrekteren und treffenderen Ausdrücke „Statut“ und „Satzung“ bedienen.

§ 9.

Form und Inhalt der Statutfestsetzung.

Was zunächst die Form der Statutfestsetzung anbetrifft, so verlangt das Gesetz[1]), daß das Statut „von mindestens fünf Personen, welche Aktien übernehmen, in gerichtlicher oder notarieller Verhandlung festgestellt werde“.

Das erste Erfordernis sind also mindestens fünf Personen. Diese werden in Gesetz und Literatur meist „Gründer“ genannt. „Es ist nicht zutreffend, zu sagen,

---

[1]) HGB. § 182 Abs. 1.
[2]) HGB. § 187, § 188 Abs. 2.
[3]) Siehe § 6.
[4]) Siehe § 10.
[1]) HGB. § 182 Abs. 1.

die Gründer stellen das Statut fest, da nach § 187 HGB. auch die Personen zu den Gründern gehören, welche, ohne sich an der Statutfeststellung beteiligt zu haben, Sacheinlagen machen. Mit der Gründereigenschaft verbindet das Gesetz eine ganz bestimmte zivil-[2]) und strafrechtliche[3]) Verantwortlichkeit. Aus diesem Grunde könnte man zweifeln, ob auch juristische Personen als Gründer auftreten und ob, falls nur physische Personen Gründer sind, letztere sich bei der formellen Feststellungsverhandlung vertreten lassen und wenn ja, ob mehrere Gründer sich durch eine Person vertreten lassen können: oder mit anderen Worten ausgedrückt: müssen in der Feststellungsverhandlung fünf physische Personen anwesend sein, oder genügen weniger, indem die letzteren andere zugleich vertreten? Zum anderen, können bei beiden Alternativen physische Personen im Namen von juristischen Personen auftreten?

Aus der pönalen Verantwortlichkeit, die das Gesetz in § 313 den Gründern auferlegt, geht hervor, daß es nur physische Personen als Gründer anerkennen wollte. Trotzdem lassen Wissenschaft und Praxis übereinstimmend auch juristische Personen, Gesellschaften, Genossenschaften und Vereine als Gründer zu. Den sich hieraus ergebenden Konflikt muß man mit Staub[4]) in der Weise lösen, daß man bei Gründungen durch juristische Personen, Gesellschaften, Genossenschaften usw. als „Gründer im gesetzlichen Sinn und mit der vom Gesetz festgestellten Verantwortlichkeit" die als Vertreter auftretenden physischen Personen ansieht; die zivilen Folgen ihres Handelns treffen nach den allgemeinen Vorschriften über die Vertretung die vertretene juristische Person oder Firma, die pönalen die Vertreter selbst. Erwägt man den Zweck, den das Gesetz

[2]) HGB. § 202.
[3]) HGB. § 313.
[4]) Staub § 182 Anm. 5.

mit Aufstellung dieser Strafbestimmungen verfolgte, so ergibt sich, daß mindestens fünf Personen civiliter et poenaliter für die Gründungsvorgänge haften sollen. Von diesem Gesichtspunkte aus ist die oben aufgeworfene Vertretungsfrage zu beantworten. Da im Falle der Gründung durch physische Personen das Gesetz ein persönliches Erscheinen der Gründer nicht ausdrücklich verlangt, so können sich die Gründer zweifellos durch Spezialbevollmächtigte vertreten lassen. In diesem Falle gelten als Gründer im obigen Sinne ja nur die Vollmachtgeber. Es steht daher nichts im Wege, daß eine Person mehrere Gründer oder ein Gründer zugleich einen oder mehrere andere Gründer vertritt. Es bleibt die Fünfzahl der haftenden Gründer gewahrt[5]). Dies würde aber nicht der Fall sein, wenn eine Person zugleich als Gründer und als gesetzlicher Vertreter einer juristischen Person usw. als Mitgründerin auftreten würde. Alsdann würde die Zahl der poenaliter haftenden Gründer eventuell unter fünf sinken. Damit kommen wir zu der Folgerung, daß der gesetzliche Vertreter einer juristischen Person, Gesellschaft usw. nur rein als solcher oder höchstens noch als Spezialbevollmächtigter einer physischen Person — die ja die gesetzliche Verantwortung selbst tragen würde — auftreten kann[6]).

Ein weiteres Formerfordernis ist die Übernahme von mindestens je einer Aktie durch die statutfeststellenden Personen. Mit dieser Bestimmung wollte der Gesetzgeber ein Abwehrmittel dagegen schaffen, daß Personen sich an der Gründung beteiligen, die lediglich den Zweck verfolgen, hohe Gründerprovisionen einzustecken, um dann das Unternehmen sich selbst zu überlassen — eine häufige Er-

---

[5]) Anderer Meinung Puchelt-Förtsch, Art. 209 Anm. 5; Clavuot S. 9.

[6]) Vergl. dazu: Staub § 182 Anm. 3—11, Völderndorff, S. 290ff, Hergenhahn Art. 209 Anm. 1, Pinner S. 15.

scheinung bei dem Gründungsschwindel der siebziger Jahre. Nunmehr gibt nur die Teilnahme an diesen beiden, wohl auseinanderzuhaltenden Akten, an der Statutfeststellung und an der Aktienübernahme, den Gründern ihre eigenartige Sonderstellung, — sieht man hier von den Sacheinlegern ab. Beide Akte sind in ihrer rechtlichen Wirksamkeit unzertrennlich miteinander verbunden, keine Statutfeststellung ohne Aktienübernahme, keine Aktienübernahme ohne Statutfeststellung. Eine Statutfeststellung ohne Aktienübernahme würde aktienrechtlich wirkungslos sein.

In der richtigen Erwägung, daß die Art und der Umfang der Beteiligung der Gründer am Grundkapital für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit und Solidität eines Unternehmens seitens des Publikums von größter Bedeutung ist, bestimmt das Gesetz außerdem, daß bei der Statutfeststellung „der Betrag und, wenn verschiedene Gattungen von Aktien ausgegeben werden, die Gattung der von jedem übernommenen Aktien anzugeben sind“ [7]).

Die gerichtliche oder notarielle Verhandlung, das dritte und letzte Formerfordernis für die Statutfeststellung, ist ein neuer Begriff unter den Formvorschriften der Gesetze, zu deren Auslegung die übrigen in Betracht kommenden Reichsgesetze nicht herangezogen werden können. Zweifellos ist, daß eine bloße Beglaubigung der Unterschriften hier nicht genügt. Vielmehr muß entweder der ganze Satzungsinhalt vollständig gerichtlich oder notariell protokolliert werden, oder es kann auch eine Urkunde überreicht werden, die die Satzungsbestimmungen bereits fertig enthält, deren Verlesung vor allen Beteiligten und übereinstimmende Genehmigung dann protokolliert werden muß. Da die Unternehmer meist vorher schon unter sich einen Satzungsentwurf aufstellen werden, so dürfte die letztere Form wohl die häufigere sein [8]).

[7]) HGB. § 182 Abs. 1; Clavuot S. 11.

Es ist nun die Frage aufgeworfen worden, ob sämtliche Statutfeststeller die erforderlichen Erklärungen in einer Verhandlung abgeben müssen, oder ob mehrere aufeinanderfolgende Erklärungen zulässig seien. Für letztere Ansicht spricht der von der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung von Verträgen handelnde § 128 BGB., der eine getrennte Beurkundung von Antrag und Annahme für genügend erklärt[9]). Diese Bestimmung kann man natürlich nur dann für anwendbar ansehen, wenn man in der Statutfeststellung einen Vertragschluß erblickt. Dies ist aber nicht die herrschende Ansicht[10]). Gegen die Zulässigkeit mehrerer Feststellungsverhandlungen spricht der Umstand, daß das Gesetz an mehreren Stellen[11]) von der Angabe des „Tages der Feststellung des Gesellschaftsvertrages" spricht und sonach im Gesetz die Feststellung der Satzung als das Ergebnis einer einheitlichen Verhandlung und endgültigen Beratung gedacht ist[12]). Im Einklang mit der herrschenden Meinung[13]) ist danach die Zulässigkeit mehrerer Verhandlungen zu verneinen.

In den Vorschriften, die das Gesetz bezüglich des Inhalts des Statuts aufgestellt hat, bringt es das System der Normativbestimmungen zum Ausdruck, auf dem das heutige Aktienrecht aufgebaut ist. Das Gesetz hat davon abgesehen, wie die englischen Aktiengesetze[14]) selbst ein Normalstatut für den Fall aufzustellen, daß eine besondere Festsetzung für die Gesellschaft fehlen sollte. Und das mit Recht. Der be-

---

[8]) Vergl. Gareis HGB. § 182 Anm. 5, Makower § 182. Anmerkung III c, Staub § 182 Anm. 13.

[9]) Makower § 182 Anm. III c.

[10]) Bezüglich unserer Auffassung siehe § 10.

[11]) HGB. § 189 Abs. 3 Nr. 1; § 198 Abs. 1.

[12]) Makower § 182 Anm. III c.

[13]) Behrend § 98 Anm. 8, Goldmann § 182 N. 12, Makower § 182 Anm. III c, Pinner § 182 Anm. II 2, Staub § 182 Anm. 13.

[14]) Siehe Völderndorff S. 292 N. 22.

sondere Zweck, den doch jede einzelne Aktiengesellschaft hat, gibt jeder ihr eigentümliches, individuelles Gepräge. Die sich daraus ergebenden verschiedenen Besonderheiten könnten aber unmöglich alle in einem Normalstatut berücksichtigt werden, und die Aufstellung eines solchen wäre daher der Entwicklung des jeweiligen speziellen Gesellschaftszweckes hinderlich gewesen. Das Gesetz hat daher folgenden Weg eingeschlagen: In der Feststellungsverhandlung muß der ganze Inhalt des Statuts aufgestellt werden, nicht nur die wesentlichen Grundbedingungen. Diejenigen Bedingungen nun, welche im öffentlichen Interesse für alle Gesellschaften maßgebend sein sollen, hat es als Normativbestimmungen aufgestellt, d. h. die Festsetzungen darüber sind unbedingt notwendige[15]) oder Essentialien[16]) des Statuteninhalts. Das Gesetz führt diese in § 182 Abs. des HGB. auf.

Die Firma und der Sitz der Gesellschaft,
der Gegenstand des Unternehmens,
die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien,
die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes,
die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre erfolgt,
die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen.

Fehlt eins dieser Erfordernisse, oder ist es an sich nichtig, so ist auch das Statut nichtig, und die Anmeldung zur Eintragung muß zurückgewiesen werden. Erfolgt trotzdem die Eintragung, so kann die Gesellschaft durch richterliches Urteil für nichtig erklärt werden. Antragsberechtigt ist jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Vorstandes

[15]) Siehe Gareis S. 214, Staub § 182 Anm. 15.
[16]) Puchelt-Förtsch Art. 175 a N. 2.

und des Aufsichtsrats[17]). Da es in der Praxis bedenklich wäre, wollte man auf jeden noch so unbedeutenden, oft nur auf einem Versehen beruhenden Verstoß gegen diese Vorschriften die unbedingte Nichtigkeit der Gesellschaft folgen lassen, und unter solchen Umständen die Möglichkeit der Nichtigkeitserklärung eine gefährliche Waffe in der Hand böswilliger Aktionäre bilden könnte, so hat das Gesetz[18]) bestimmt, daß „ein Mangel, der die Bestimmungen über die Firma oder den Sitz der Gesellschaft, den Gegenstand des Unternehmens, die Bestellung oder Zusammenstellung des Vorstands, die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft oder die Form der Berufung der Generalversammlung betrifft, durch einen den Vorschriften des Gesetzes über eine Änderung des Gesellschaftsvertrags entsprechenden Beschluß der Generalversammlung geheilt werden kann". Wie man hieraus ersieht, ist der Mangel aller Bestimmungen heilbar mit Ausnahme einer, nämlich der über die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien. Diese Festsetzung ist für die Aktiengesellschaft von so einschneidender Bedeutung, daß das Gesetz bei einem Mangel derselben die Gesellschaft mit Recht für unheilbar nichtig erklärt.

Außer diesen wesentlichen Bestimmungen führt das Gesetz noch eine Reihe von willkürlichen Festsetzungen auf, deren Vorhandensein nicht unbedingt erforderlich ist, die aber, wenn sie getroffen werden, nur dann für die Gesellschaft verbindlich sind, wenn sie in das Statut selbst aufgenommen sind. Die wichtigste Kategorie dieser bedingt notwendigen Festsetzungen bilden die, welche man in ihrer Gesamtheit mit dem Namen „qualifizierte Gründung" bezeichnet. Doch führt das Gesetz außer diesen noch eine größere Anzahl solcher hypothetisch-obligato-

---

[17]) HGB. § 309.
[18]) HGB. § 311.

rischen Festsetzungen[19]) oder Akzidentalien[20]) des Statuteninhalts auf.

Die durch diese Vorschriften über den unbedingt notwendigen und bedingt notwendigen Statuteninhalt gesetzlich gezogenen Schranken lassen jedoch jeder einzelnen Gesellschaft immer noch diejenige Gestaltungsfreiheit zur Aufstellung fakultativer Bestimmungen, die für sie, ihrem besonderen Zwecke gemäß, zu einem gedeihlichen Bestehen notwendig ist. Gegenstand dieser fakultativen Festsetzungen kann natürlich alles sein, was dem jeweiligen individuellen Gepräge und Zwecke der Gesellschaft entspricht.

§ 10.

Rechtliche Natur der Statutfeststellung.

In der Beurteilung der Statutfeststellung wie der übrigen Einzelakte der Aktiengesellschaftsgründung spiegelt sich bei vielen Schriftstellern ihre Stellungnahme zum ganzen Gründungsakt wieder, eine leicht zu erklärende Erscheinung. Wer den einheitlichen Gründungsvorgang vom individualrechtlichen Standpunkte ansieht, dessen Betrachtung der Einzelvorgänge wird sich in den gleichen Bahnen bewegen; wer dagegen von der Anschauung ausgeht, daß der Entstehungsprozeß der Aktiengesellschaft von sozialrechtlichen Normen beherrscht werde, wird gewöhnlich auch die Einzelhandlungen von demselben Standpunkt aus beurteilen.

Thöl[1]), einer der ältesten Vertreter der Vertragstheorie, definiert das Statut als „den Inhalt eines zu schließenden Vertrags, nämlich des Aktiengesellschaftsvertrages“ und zugleich selbst als „einen geschlossenen Vertrag und dessen Inhalt“, als „den Urgesellschaftsvertrag für die Entstehung

[19]) Gareis S. 216.
[20]) Puchelt-Förtsch Art. 175a N. 2.
[1]) Thöl S. 422ff.

der Aktiengesellschaft mit einem Inhalte, welcher teilweise die Gründungsgesellschaft und gänzlich die Aktiengesellschaft betrifft".

Derselben Anschauung ist Plathner[2]), der unter Bekämpfung von Renauds damals vollkommen neuer Theorie die Vertragsnatur des Gründungsaktes zu verteidigen sucht und am Ende seiner Ausführungen diese Folgerung zieht: „Ist der Akt (Gründungsakt) ein Vertrag, so kann es ferner keinem Zweifel unterliegen, daß die Statuten durch Vertrag festgestellt werden".

Auf einem ähnlichen Standpunkte stehen Auerbach[3]), Wiener[4]), Primker[5]) und Gareis-Fuchsberger[6]). In neuerer Zeit vertritt Behrend[7]) die Ansicht, daß in der Statutfeststellung ein Vertragsschluß zu erblicken sei, und mit ihr eine vertragliche Gebundenheit in Hinsicht der übernommenen Aktien eintrete. Diese Behrendsche Theorie steht ziemlich allein und wird von vielen Seiten angefochten[8]).

Die oben zitierten Schriftsteller, die vor allem noch an der Vertragsnatur des Gründungsaktes festhalten, Gareis, Ring, Pinner, Staub, sehen in der Statutfeststellung keinen zu gesonderter rechtlicher Existenz bestimmten, mit selbständigen Rechtswirkungen ausgestatteten Rechtsakt[9]), sondern nur, mit Gareis zu reden, „die Schaffung des In-

---

[2]) Plathner S. 330

[3]) Auerbach S. 259.

[4]) Wiener im G. Z. f. HR. Bd. 24, S. 27.

[5]) Primker S. 530.

[6]) Gareis-Fuchsberger S. 405.

[7]) Behrend S. 722 ff.

[8]) Mit Behrend übereinstimmend: Gaubatz S. 34. Gegner: Clavuot S. 15 ff, Goldmann § 182 Anm. 1, Homberger S. 6, Silbernagel S. 115, Staub § 182 Anm. 2.

[9]) Gareis HR. S. 136, Pinner S. 14, Ring Art. 209 Anm. 1. Staub § 182 Anm. 2.

halts der — wie zu jedem Vertragsschlusse, so auch zu dem des Gesellschaftsvertrages gehörenden — Willenserklärung", also nur den ersten, an und für sich unverbindlichen Teil eines Gesellschaftsvertrags.

Zu einem im wesentlichen gleichen Resultate kommen Makower[10]) und Goldmann[11]), wenn ersterer ausführt, daß „in der Feststellung des Gesellschaftsvertrages, d. h. der Satzung, nicht bereits eine Vereinserrichtungshandlung liege, sondern nur die Feststellung einer Grundlage für eine solche später zu bewirkende Vereinserrichtungshandlung", und nach letzterem durch die Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages[12]) nur erst die Normen festgestellt werden, auf Grund deren der Gesellschaftsvertrag errichtet werden soll.

Im Grunde genommen geben die oben angeführten Schriftsteller von Gareis bis Makower keine eigentliche Erklärung der Rechtsnatur der Statutfeststellung, sondern nur eine Auslegung des Ausdruckes „Gesellschaftsvertrag" oder „Inhalt des Gesellschaftsvertrages", während sie die eigentliche Feststellungshandlung, das Feststellen, um das es sich hier vor allem handelt, nur streifen. Einer rechtlichen Konstruktion der Statutfeststellung kommt schon bedeutend näher Puchelt-Förtsch[13]), hinsichtlich des Grün-

[10]) Makower § 182 Anm. III a.

[11]) Goldmann § 182 Anm. 1.

[12]) Hier sieht man wieder einmal, welchen Wirrwarr die inkonsequente und ungenaue Terminologie des neuen HGB. in der neueren Theorie angerichtet hat. „Inhalt des Gellschaftsvertrages" und „Gesellschaftsvertrag" werden bunt durcheinandergebraucht, und Staub behauptet in § 182 Anm. 2, daß Behrend nur dadurch zur Annahme eines besonderen Vertrages gelange, daß er „von der Feststellung des Gesellschaftsvertrages" statt, wie Motive und Gesetz, „von der Feststellung des Inhalts des Gesellschaftsvertrages" spreche. — Staub übersieht, daß das Gesetz eben leider nicht durchweg so spricht.

[13]) Puchelt-Förtsch Art. 9 Anm. 4.

dungsaktes auch ein Anhänger der Vertragstheorie, nach welchem die Feststellung nur die Bedeutung einer einseitigen übereinstimmenden Willenserklärung der Gründer hat.

Daß das Statut an und für sich als ein Konglomerat von wesentlichen und unwesentlichen Bestimmungen [14]) kein „geschlossener Vertrag" ist, wie Thöl behauptet, ist eigentlich selbstverständlich und bedarf keiner weiteren Begründung. Wenn Behrend in der Feststellungshandlung einen Vertrag sieht, so hat ihn dazu seinen Ausführungen nach besonders die Erwägung geführt, daß ohne Annahme einer solchen Vertragsnatur eine fremde dritte Person wider oder ohne Willen der bisherigen Gründer zum Mitgründer werden könne, wenn sie gleichfalls in der gesetzlich vorgeschriebenen Form eine Feststellungserklärung abgebe. Diese Ansicht ist u. E. durchaus irrig. Die Feststellung muß bei folgerichtiger Auslegung des Gesetzes, wie oben [15]) dargelegt, in einer einheitlichen Verhandlung erfolgen. Sie besteht in der einseitigen übereinstimmenden Willenserklärung, daß die aus einer vorausgehenden Beratung hervorgegangenen oder in einer bereits fertig vorliegenden Urkunde enthaltenen Bestimmungen die zukünftige Aktiengesellschaftsverfassung sein sollen. Ist es schon tatsächlich eine Unmöglichkeit, daß bei einem solchen einheitlichen Vorgange eine fremde Person wider oder ohne Willen der anwesenden Gründer eine Feststellungserklärung abgibt, und diese protokolliert wird, so würde auch die rechtlich erforderliche innere Übereinstimmung mit dem Willen der übrigen Gründer fehlen und infolgedessen eine solche Erklärung der ihr vom Gesetze beigelegten Wirkung ermangeln. Mit Wegfall dieses Hauptargumentes für die Behrendsche Theorie ist auch der Annahme eines Vertrages

---

[14]) Schmidt S. 294.
[15]) Siehe oben S. 9.

der Boden entzogen. Die Ansicht, daß die Statutfeststellung ein Teil, die Grundlage eines Gesellschaftsvertrages sei, fällt und steht natürlich mit der Theorie von der Vertragsnatur des Gründungsaktes. Das Wesen des letzteren haben wir oben zu ergründen gesucht und darin einen unter sozialrechtlichen Normen stehenden einseitigen Gesamtakt erkannt. Ebendasselbe gilt von der Statutfeststellung als Teil des Gründungsaktes. Wir finden hier ein Nebeneinanderhandeln mehrerer Personen — die übereinstimmende einseitige Willenserklärung — zur Erzielung einer einheitlichen Rechtswirkung im Verhältnis zu Dritten — die vom Gesetz geforderte offenkundige endgültige Festlegung der Körperschaftsverfassung als Grundlage für den weiteren sich darauf aufbauenden Gründungshergang und als Norm für das spätere Körperschaftsleben der Außenwelt gegenüber. — Die Gründer wollen mit diesem formellen Akt nicht gegenseitige Beziehungen herstellen, sondern den ersten Schritt tun auf dem Wege zur Schöpfung eines neuen Rechtssubjekts. Die hierfür vom Gesetz geforderte Tätigkeit der Gründer vor Registerrichter oder Notar ist aber ihrem Wesen nach eine gemeinschaftliche Willensaktion, ein einseitiger Gesamtakt.

Auch hier war es Renaud[16]), der zuerst mit der alten Anschauung brach, daß die Statuten durch Vertrag festgestellt würden. Er führte aus, daß die in solchen Statuten enthaltenen Normen zweifellos vereinbarte, unter Übereinstimmung der Gründer aufgestellte seien, dieselben jedoch ihre Geltung nicht einem Vertrage, sondern der einseitigen übereinstimmenden Willenserklärung aller Gründer verdankten. Derselben Ansicht ist Löwenfeld[17]), der auf Renaud fußt. Alsdann baute Gierke[18]) diese

[16]) Renaud S. 300 ff.
[17]) Löwenfeld S. 106.
[18]) Gierke, G.-Th. S. 131 ff

Theorie weiter aus und gab diesem sozialrechtlichen Vorgang den Namen „Gesamtakt". Nach ihm machten sich vor allem Kuntze[19]), Schmidt[20]) und Hellwig[21]) um die Klarlegung dieses Rechtsaktes verdient. Lehmann[22]), der bedeutendste Vertreter der sozialrechtlichen Theorie in neuerer Zeit, ist gerade bei der Konstruktion der Statutfeststellung etwas von individualrechtlichen Anschauungen beeinflußt, während er im übrigen die sozialrechtliche Natur des Gründungsaktes ganz besonders scharf betont. Er bezeichnet die Statutfeststellung als Gründungsbeschluß und legt diesem rechtlich drei Wirkungen bei, nämlich die Erzeugung rechtlicher Beziehungen unter den Gründern, Begründung der Gründerqualität und Übernahme der Mitgliedschaft. Wir können dem Feststellungsakt als solchem nur die zweite der angeführten Wirkungen, die Begründung der Gründerqualität zuschreiben, wie wir unten nachweisen werden. Um die erste Wirkung zu rechtfertigen, läßt Lehmann dem Gründungsbeschlusse eine Gründersozietät zur Seite gehen, durch welche die Gründer gegenseitig verpflichtet sind, ihre Mitwirkung zur Durchführung der Gründung zu gewähren. Hierin liegt aber eine Verquickung von individualrechtlichen und sozialrechtlichen Elementen. Liegt eine Gründersozietät vor, was durchaus nicht notwendig ist, so ist sie aktienrechtlich für die Wirkung der Statutfeststellung durchaus bedeutungslos. Die Wirkung dieser Sozietät ist durchaus intern und auf die Beziehungen der Gründer untereinander beschränkt. Die dritte Wirkung aber, die Übernahme der Mitgliedschaft, hat u. E. nicht die Statutfeststellung, sondern die Aktienübernahme allein zur Folge[23]).

[19]) Kuntze, Gesamtakt S. 73ff.
[20]) Schmidt S. 294ff.
[21]) Hellwig S. 251.
[22]) Lehmann A.-G. S, 321 ff.; HR. S. 389ff.
[23]) Siehe unten § 16.

Zu weit geht u. E. Wachtel[24]), der in dem Feststellungsakt lediglich eine in besonderer Form in Erscheinung tretende Tatsache sieht, und zwar die Tatsache, daß ein Statut für eine zu gründende Aktiengesellschaft besteht, daß dieses Statut von mindestens fünf Aktien übernehmenden Personen festgestellt ist. Dem können wir nicht beistimmen. Die Feststellungshandlung ist vielmehr der Teil eines schöpferischen Aktes, der auf Erzeugung einer neuen Körperschaft hinzielt, und insoweit selbst ein schöpferischer Akt, als aus ihr endgültig die Verfassung für die entstehende Körperschaft hervorgeht, und zwar in der vom Gesetz geforderten Form. Die hierfür erforderliche gemeinsame Willensaktion der Gründer ist aber kein Vertrag, sondern ein einseitiger Gesamtakt[25]).

§ 11.

Wirkung der Statutfeststellung.

Die Wirkung der Statutfeststellung hat das Gesetz selbst mit den Worten bestimmt: „Die Aktionäre, welche den Gesellschaftsvertrag festgestellt haben, ... ,“ gelten als die Gründer der Gesellschaft“ [1]). Durch die Teilnahme an der Feststellungshandlung erlangen also die Statutfeststeller die Gründereigenschaft. Eine weitere Wirkung können wir der Feststellungshandlung nicht zuerkennen. Wenn die Gründung weiter betrieben wird, müssen diese die vom Gesetz fernerhin geforderten Akte vornehmen, und kommt die Aktiengesellschaft zur Entstehung, so trifft sie die den Gründern vom Gesetz auferlegte besondere Verantwort-

[24]) Wachtel S. 11.

[25]) Derselben Ansicht: Clavuot S. 25, Cosack S. 568, Ebert S. 5, Homberger S. 6, Gleiniger S. 11, Silbernagel S. 112ff, Takaki S. 29ff, Werner S. 9, Wolff S. 26.

[1]) HGB. § 187.

lichkeit. Aus dem Gesetze geht aber keineswegs hervor, daß nun die Gründer gegenseitig zur Weiterbetreibung der Gründung und zur Vornahme der weiteren Gründungshandlungen verpflichtet seien und diese gegeneinander[2]) oder die Gesamtheit[3]) der Gründer gegen den einzelnen einen klagbaren Anspruch darauf besitzen. Aktienrechtlich läßt sich eine solche Verpflichtung aus der Beteiligung an der Feststellungshandlung nicht konstruieren, wohl aber kann sie sich aus dem Statut selbst als der Norm für den weiteren Werdeprozeß der Körperschaft ergeben. Eine derartige Verpflichtung nimmt aber der Gründer nicht durch die Teilnahme am Feststellungsakt, sondern erst durch Unterwerfung unter das bereits festgestellte Statut auf sich. Die Unterwerfung liegt jedoch nicht schon in der Feststellungshandlung als solcher, sondern, wie wir weiter unten sehen werden[4]), in der Aktienübernahme. Ergibt sich die Verpflichtung zur weiteren Teilnahme an den Gründungshandlungen nicht aus dem Statut, so wird sie zumeist Gegenstand besonderer Abmachungen sein, die aber vollkommen interner, individualrechtlicher Natur sind und mit der Statutfeststellung als solcher nichts zu tun haben[5]). Ist aber überhaupt nichts ausgemacht, so könnte man unter Umständen den Gründern einen Verpflichtungswillen auf Mitwirkung zumindest bei den gesetzlich erforderlichen Akten unterstellen[6]); doch ließe sich dies keineswegs immer durchführen, und wenn möglich, würde der daraus abzuleitende Anspruch doch auf ein Individualrecht zurückzuführen und mit dem Feststellungsakt in keine Beziehung zu bringen sein.

---

[2]) Gaubatz S. 34, Lehmann A.-G. S. 322, Takaki S. 31 ff.
[3]) So Clavuot S. 23.
[4]) Übereinstimmend Makower § 182 Anm. III a.
[5]) Ebenso Homberger S. 6, Schmidt S. 295.
[6]) So Gleiniger S. 13.

Das Gesetz verlangt, daß der Statutfeststeller auch zugleich mindestens eine Aktie übernimmt. Obwohl dadurch Statutfeststellung und Aktienübernahme in einem Akte vollzogen und meist durch eine Unterschrift bewirkt werden, so sind wir doch keineswegs berechtigt, auch begrifflich beide Akte ihrem Wesen und ihren Wirkungen nach miteinander zu identifizieren; vielmehr sind beide rechtlich scharf zu trennen, und erfordert jeder eine gesonderte rechtliche Betrachtung.

IV. Aktienübernahme.

§ 12.

Form.

Die Form, in der die Aktienübernahme zu erfolgen hat, bestimmt das Gesetz in § 182 Abs. 1 mittelbar, in § 188 Abs. 2 unmittelbar: Gerichtliche oder notarielle Verhandlung. § 188 Abs. 2 zeigt deutlich, daß in § 182 Abs. 1 die Form der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung nicht nur der Statutfeststellung gilt, sondern auch der Aktienübernahme. Demgemäß können wir Clavuot[1]) nicht beistimmen, wenn er behauptet, daß das Gesetz bezüglich der Form der Übernahme nichts vorschreibe, und diese also schriftlich oder mündlich in der Feststellungs- oder in einer Zusatzverhandlung erfolgen könne. Überhaupt liegt in diesen Worten ein innerer Widerspruch; denn die gerichtliche oder notarielle Verhandlung ist ja eben die Formvorschrift, und als eine solche stellt sich sowohl die Feststellungs- wie eine Zusatzverhandlung dar. Für die Auslegung dieser Formvorschrift gilt natürlich dasselbe, was wir oben[2]) über

[1]) Clavuot S. 26.
[2]) Siehe oben § 9.

die Form der Feststellungsverhandlung erörtert haben: Die Übernahmeerklärungen können vollständig protokolliert oder aber schriftlich eingereicht werden, worauf dann deren Verlesung vor allen Beteiligten und ihre übereinstimmende Genehmigung protokolliert werden muß[3]). Eine formgerechte Zeichnung mittelst Zeichnungsscheins ist nicht gefordert und auch nicht notwendig.

In der Doktrin herrscht über die Auslegung des Ausdruckes: „in einer besonderen gerichtlichen oder notariellen Verhandlung" Streit. Auf der einen Seite[4]) will man in dem Wort „einer" eine vom Gesetzgeber gewollte Einschränkung erkennen, auf der anderen Seite[5]) hält man diese Auslegung für dem Gesetze zuwiderlaufend und betont das Fehlen eines inneren Grundes für diese Beschränkung. Auch wir müssen der letzteren Ansicht beipflichten. Das Gesetz will den Unternehmern, die eine Simultangründung beabsichtigen, auch dann die Durchführung ihrer Absicht ermöglichen, wenn es bei der Statutfeststellungsverhandlung nicht gelingen sollte, alle Aktien unterzubringen. Dieselbe Lage kann sich aber bei der ersten Nachtragsverhandlung bezüglich des Restes der Aktien auch ergeben. Warum nun damit die Simultangründung als endgültig gescheitert betrachtet werden soll, ist uns unverständlich und dem Willen des Gesetzgebers, den Absichten der Gründer möglichst gerecht zu werden, direkt entgegengesetzt. Das Gesetz sieht doch den Unterschied von Simultan- und Sukzessivgründung lediglich darin, daß bei ersterer die Gründer das Grundkapital in der vorgeschriebenen Form und allein,

---

[3]) Vergl. Gareis HGB. § 188, Anm. 3; Lehmann H.-R. S. 395. Makower § 188 Anm. III b1. Litthauer-Mosse § 188 Anm. 5.

[4]) Behrend S. 725, Homberger S. 7, Lehmann-Ring § 188, Nr. 2, Makower § 188 Anm. III b2, Silbernagel S. 109.

[5]) Reis S. 72, Gaubatz S. 36, Gleiniger S. 15, Goldmann § 188, Ziff. 6, Pinner § 188 I 2b, Staub § 188 Anm. 3.

bei letzterer mit Hülfe dritter Personen aufbringen. Ob nun die Gründer zur Übernahme sämtlicher Aktien zwei, drei oder mehr formelle Verhandlungen brauchen, ändert an dem Wesen der Simultangründung nichts und kann daher dem Gesetz ganz gleichgültig sein und ist es ihm in Wirklichkeit auch.

Nicht formgerechte Übernahmeerklärungen sind zweifellos nichtig. Doch hat das Reichsgericht in einer Entscheidung[6]) sich dahin ausgesprochen, daß in diesem Falle die für die Aktienzeichnung aufgestellte Bestimmung des § 189 Abs. 4, Satz 2 entsprechende Anwendung zu finden habe. Erfolgt also trotzdem die Eintragung der Gesellschaft, so werden die nichtigen Übernahmeerklärungen dadurch geheilt. Denn mit der Anmeldung der Gesellschaft durch sämtliche Gründer, Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsrats ist die Vorschrift erfüllt, daß die Beteiligten nach der Abgabe ihrer Erklärungen Aktienrechte ausgeübt haben oder Aktionärverpflichtungen nachgekommen sein müssen[7]).

Bezüglich der Frage, ob Beschränkungen oder Vorbehalte, die in die Übernahmeerklärung aufgenommen sind, geltend gemacht werden können, stimmen wir Goldmann[8]) bei, der hierzu folgendes ausführt: „Die Übernahmeerklärung seitens der Gründer muß eine unbedingte und unbeschränkte sein, sonst ist sie keine dem Gesetz entsprechende. Dies ergibt sich von selbst aus der Erwägung, daß das Gesetz nur solche Personen, ‚welche Aktien übernehmen', zuläßt, der Möglichkeit einer Einschränkung der Übernahme, insbesondere durch Beifügung einer Bedingung, aber nicht Erwähnung tut, und somit zu erkennen gibt, daß es eine solche Beifügung nicht zuläßt. Es bedarf, um zu diesem Schlusse

---

[6]) R.-G. XXVI 73.
[7]) Vergl. Makower § 188 Anm. III b 1, Reis S. 73.
[8]) Goldmann § 182 Ziff. 9.

zu kommen, nicht erst einer Heranziehung[9]) der für die Aktienzeichnung bei der Sukzessivgründung geltenden Vorschriften (§ 189 Abs. 4) und deren analoger Anwendung".

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß die Übernahme nicht notwendig für eigene Rechnung erfolgen muß. Sie muß nur im eigenen Namen erfolgen. Das Reichsgericht[10]) hat mehrfach entschieden, daß auch der sogenannte „Strohmann" wahrer Gründer ist. Obwohl dieser für fremde Rechnung übernimmt, ist er doch allein der Gesellschaft gegenüber berechtigt und verpflichtet[11]).

§ 13.

Rechtliche Natur der Aktienübernahme.

Die Behandlung dieser Frage wird dadurch nicht unbedeutend erschwert, daß die neuere Doktrin unter Anlehnung an die Ausführungen Lehmanns[1]) zum großen Teil Aktienübernahme und Aktienzeichnung ihrem Wesen nach für gleichartig erklärt[2]). Infolgedessen gehen nur wenige Schriftsteller auf die erstere näher ein, die übrigen verweisen auf ihre Ausführungen über die Aktienzeichnung. Wir können aber der Theorie von der Wesensgleichheit beider Akte nicht beistimmen[3]).

Daß das Gesetz selbst scharf zwischen beiden Rechtsakten scheidet, wird auch von den Vertretern obiger Theorie

---

[9]) So Cosack S. 605 ff, Lehmann-Ring § 182 Nr. 3, Makower § 182 Anm. IIe.

[10]) RG. XXVIII S. 76, XXXXI S. 13, L. S. 44.

[11]) Makower § 182 Anm. IIc, Staub § 182 Anm. 12.

[1]) Lehmann A.-G. Bd. I, S. 344 ff.

[2]) So ausdrücklich: Clavuot S. 28, Gleiniger S. 40, Homberger S. 10 ff., Lehmann S. 344 ff., Pinner § 188 I, Reis S. 3, Siebert S. 45, Takaki S. 36, Wachtel S. 21; indirekt: Gareis HR. S. 220, Anm. 4, Schmidt S. 296 ff.

[3]) Ebenso Averbeck S. 2 Anm. 2, Jahn S. 8 ff.

zugegeben. In der Gesetzesterminologie wird die Trennung vollkommen exakt durchgeführt, und nirgends wird einer der beiden Begriffe als beide Rechtsakte umfassender Oberbegriff gebraucht, wie in der Doktrin vielfach geschieht.

Lehmann erklärt die Verschiedenartigkeit der vom Gesetz aufgestellten Formerfordernisse und der Rechtswirkungen beider Rechtsakte aus der Verschiedenartigkeit der nebenhergehenden Verhältnisse, im wesentlichen aber sei der Wille des Übernehmers und Zeichners identisch, beide beabsichtigten, sich mit einem bestimmten Betrage an der Gesellschaft zu beteiligen, im Grunde „zeichne" der Gründer ebensogut wie der Zeichner „Aktien übernehme". Wachtel[4]), welcher in diesem Punkte vollständig auf Lehmann fußt, geht sogar so weit, daß er die Verschiedenheit des Sprachgebrauchs des Gesetzes für durchaus irrelevant erklärt, da Gesetze häufig für denselben Akt verschiedene Bezeichnungen verwenden. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Wie wir bereits oben[5]) ausgeführt haben, ist die Aktienübernahme im Sinne des HGB. nur eine Übernahme in bestimmter Form, und diese Form ist nicht eine Folge der Simultangründung und damit nur Beiwerk, sondern eines der Merkmale für deren Begriffsbestimmung. Die Aktienzeichnung dagegen ist das Charakteristikum der Sukzessivgründung. Bei der Simultangründung tritt nur eine einzige Personengruppe, die der Gründer auf, die den Werdegang der zu gründenden Gesellschaft bis zur Entstehung bestimmt und leitet. Bei der Sukzessivgründung tritt nach der Statutfestsetzung der Gruppe der Gründer bei der Aufbringung des Grundkapitals eine zweite Personengruppe gegenüber, die der Zeichner, und es bedarf zur Weiterbetreibung der Gründung der vereinten Tätigkeit beider

---

[4]) Wachtel S. 21.
[5]) Siehe oben § 3.

Personengruppen. Die grundverschiedene Stellung aber, die die Gründergruppe sowohl bei der Simultan- wie bei der Sukzessivgründung, die Zeichnergruppe bei der Sukzessivgründung in Beziehung auf die werdende Körperschaft einnehmen, ist u. E. nicht ohne bestimmenden Einfluß auf die rechtliche Beurteilung der Rechtsakte, die von diesen beiden Personengruppen ausgehen, selbst wenn diese Rechtshandlungen dasselbe Endziel haben, wie hier die Mitgliedschaft bei der zu gründenden Gesellschaft. Auf Grund des letzteren Umstandes ergibt sich zwar zwischen der Aktienübernahme und der Aktienzeichnung eine gewisse Wesensverwandtschaft; diese geht aber doch keineswegs soweit, daß man beide Begriffe unter eine rechtliche Konstruktion bringen könnte und mit der juristischen Definition des einen Begriffs auch das Wesen des anderen zugleich vollkommen treffe. Wir halten vielmehr für jeden Begriff eine gesonderte Behandlung für erforderlich und werden uns daher im folgenden auf die „Übernahme" im technischen Sinne, im Sinne des HGB. beschränken und auf die Aktienzeichnung nur in ihrem Gegensatze zur Aktienübernahme zurückkommen.

Die meisten Theorien von 1884 nun gehen bei der rechtlichen Konstruktion der Zeichnung[6]) davon aus, daß die Zeichnungen stets als durch mehrere „Projektanten",

---

[6]) Die Aktiengesetzgebung kennt den Unterschied von Aktienübernahme und Zeichnung erst seit der Novelle von 1884, die als wichtige Neuerung verantwortliche Gründer einführte und für diese das Erfordernis aufstellte, mindestens je eine Aktie zu „übernehmen". Vor 1884 sprach das Gesetz nur von Aktienzeichnung und bestimmte für diese, daß eine schriftliche Erklärung genüge. Die Aktiennovelle von 1884 führte dann die Aktienübernahme im Gegensatz zur Aktienzeichnung ein und stellte für beide verschiedene Formvorschriften auf, für die erstere gerichtliche oder notarielle Verhandlung, für die letztere den Zeichnungsschein mit seinem obligatorischen Inhalt.

auch „Proponenten" genannt, vermittelt zu denken sind. Infolgedessen bauen sich ihre Konstruktionen auf dem gleichsam dreieckartigen Verhältnis von Zeichner-Projektanten-Aktiengesellschaft auf. So liegt nach Jolly[7]) und Witte[8]), die die Aktiengesellschaft aus einer Sozietät der Zeichner hervorgehen lassen, auf Seiten derer, die die einzelnen Zeichner für die Gesellschaft anwerben, eine freie Vertretung zugunsten der Gesellschaft vor, wobei sie sich verpflichten, für die Gründung des Aktienvereins auch fernerhin tätig zu sein. Die Mandattheorie Brinkmanns[9]), nach der der Zeichner dem Projektanten gegenüber als Mandat auftritt, und die Kauftheorie Auerbachs[10]), der zufolge der Zeichner mit dem Projektanten durch die Zeichnung einen Vertrag abschließt, wobei der Projektant als negotiorum gestor der künftigen Gesellschaft anzusehen ist, spiegeln obiges Verhältnis besonders deutlich wieder. Dasselbe gilt von Laband[11]) und Hahn[12]), denen zufolge die Projektanten und Zeichner einen Vertrag abschließen, der sich nach Labands Ansicht als ein Innominatkontrakt nach Formel facio, ut des, nach Hahns Ansicht als ein solcher nach der Formel facio, ut facias qualifiziert, inhaltlich dessen sich die Projektanten zur Konstituierung der Gesellschaft, die Zeichner zur Zahlung verpflichten; die Rechte aus der Zeichnung aber lassen sie durch eine fingierte Cession auf die Aktiengesellschaft übergehen.

Daß alle diese Theorien für eine rechtliche Betrachtung der Aktienübernahme nicht in Betracht kommen, liegt auf der Hand. Ein solcher Standpunkt war nach den gerade

---

[7]) Jolly S. 352 ff.
[8]) Witte S. 23 ff.
[9]) Brinkmann HR. S. 239 ff.
[10]) Auerbach S. 236 ff.
[11]) Laband S. 620 ff.
[12]) Hahn S. 30 ff.

hinsichtlich der Gründung der Aktiengesellschaft unzureichenden Vorschriften des alten Handelsgesetzbuchs und der Novelle von 1870 gerechtfertigt und stimmt heute für den Rechtsakt, der seit der Novelle von 1884 unter Aktienzeichnung verstanden wird; für eine Konstruktion der Aktienübernahme ist er aber vollkommen ungeeignet. Er geht von Voraussetzungen aus, die hier nicht zutreffen. Denn wir finden bei der Aktienübernahme nicht zwei Personengruppen, die sich, wie bei der Sukzessivgründung, zunächst in einem gewissen Gegensatze zueinander befinden, sondern nur eine Personengruppe, die von einem übereinstimmenden Willen beseelt ist und einheitlich handelt.

Die Novelle von 1884, die den Begriff der Aktienübernahme zuerst prägte, bietet zu seiner Konstruktion nur geringe Hinweise, und deshalb ist die Doktrin von Anfang an darüber ebenso verschiedener Ansicht gewesen, wie sie es vorher über das Wesen der Aktienzeichnung war und es heute noch zum Teil ist. Eine anfangs weit verbreitete Ansicht erblickt in der Übernahme den Abschluß eines Vertrages, der bald im Anschluß an die Gesetzesterminologie Gesellschaftsvertrag, bald Gründungsvertrag genannt wird. So spricht Wiener[13]) von der anerkannten Natur der Beteiligung aller zum Grundkapital Beitragenden als eines Vertragsschlusses unter ihnen und kennzeichnet die Simultangründung als den Fall des einheitlichen Vertragsschlusses. Ähnlich erklärt Primker[14]), daß jede Zeichnung[15]) entweder Abschluß eines Gesellschaftsvertrages oder Beitrittserklärung zu einem zwischen zwei oder mehreren Urzeichnern bereits vereinbarten Vertrage sei, und daß im Falle der Entstehung des Aktiengesellschaftsvertrages durch

[13]) Wiener S. 30 ff.

[14]) Primker S. 542 ff.

[15]) Primker versteht unter Zeichnung auch die Aktienübernahme.

einheitliche Zeichnung (= Übernahme) des gesamten Grundkapitals das alle Zeichner umschließende Vertragsverhältnis auch äußerlich zur Evidenz trete. Mit Primker stimmt Völderndorff[16]) überein. Auch Puchelt-Förtsch[17]) erklärt die Aktienübernahme für einen Vertragsschluß nach Inhalt des Statuts. Zu einem ähnlichen Resultate kommen Lehmann-Ring[18]). Hergenhahn[19]) und Landauer[20]). Nach letzterem liegen, wenn beispielsweise sechs Gründer da sind, dreißig Offerten vor, welchen ebensoviele Annahmen entsprechen, indem jeder Gründer allen übrigen seinen Beitritt zu dem durch das Statut geregelten Unternehmen anbietet, und jeder Mitgründer diese Offerte akzeptiert. Auch Staub[21]) erblickt in der Übernahmehandlung den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags. Goldmann[22]) glaubt zwischen der Übernahme, die sich in einheitlicher Verhandlung auf das ganze Grundkapital erstreckt, und zwischen der, durch welche nur ein Teil des Grundkapitals in einer Verhandlung übernommen wird, auch begrifflich scheiden zu müssen und führt hierzu folgendes aus: „Es kommt dem Begriff der Übernahme der Aktien ein verschiedener Sinn zu, je nachdem dieselbe gegenüber den nur einen Teil der Aktien übernehmenden oder gegenüber den alle Aktien übernehmenden Gründern geschieht. Sie ist in dem ersteren Falle lediglich das Angebot des Gründers gegenüber den Mitgründern, die Einlage auf das Grundkapital leisten und zu den als die Gründer der Gesellschaft geltenden Personen gehören zu wollen, in dem letzteren Falle ein Teil des mit der Errich-

---

16) Völderndorff S. 289 ff.
17) Puchelt-Förtsch Art. 209 Anm. 4.
18) Lehmann-Ring § 188 Anm. 1.
19) Hergenhahn S. 54 u. 57.
20) Landauer S. 12.
21) Staub § 188 Anm. 4.
22) Goldmann § 188 Ziff. 10.

tung der Gesellschaft zustande gekommenen Gesellschaftsvertrags, nämlich die Übereinkunft der Gründer, zufolge deren das von einem jeden von ihnen den sämtlichen Gründern gegenüber gemachte Angebot, die Einlage auf das Grundkapital leisten und zu den als die Gründer der Gesellschaft geltenden Personen gehören zu wollen, von den sämtlichen übrigen als Gründer geltenden Personen angenommen worden ist". Wie man hieraus ersieht, erblickt auch er in der Aktienübernahme im wesentlichen die Perfektion eines Gesellschaftsvertrages.

Eine andere Gruppe von Autoren konstruiert die Aktienübernahme als einen Vertrag zugunsten Dritter, und zwar gelangen sie zu dieser Ansicht gewöhnlich auf dem Wege, daß sie zunächst die Aktienzeichnung als Vertrag zugunsten Dritter konstruieren und diese Konstruktion dann auf die Aktienübernahme übertragen. Als Vorläufer ist hierbei Renaud[23]) anzusehen, der für den Fall des einheitlichen Kontraktschlusses, d. h. bei Zeichnung des gesamten Grundkapitals in einer Verhandlung, womit unsere heutige reine Simultangründung gekennzeichnet ist, in der Aktienübernahme ein „Versprechen des Mitstifters an die Mitstifter zugunsten der in Bildung befindlichen Gesellschaft" sieht. Derselben Ansicht ist Schmidt[24]), der die Aktienzeichnung als eine verbindliche Erklärung zugunsten einer Person, welche bei Abgabe der Erklärung eine persona nondum nata ist, also als Vertrag zugunsten eines Dritten definiert, und diese Konstruktion überträgt er mit folgender Begründung auf die Aktienübernahme: „Da der ökonomische Zweck und der rechtliche Effekt der Aktienübernahme durch die Gründer derselbe wie bei der Aktienzeichnung ist, so ist die Konstruktion der Aktienzeichnung auch unbedenklich

---

[23]) Renaud S. 344.
[24]) Schmidt S. 296 ff.

auf die Aktienübernahme zu beziehen, bei welcher jeder Gründer gegenüber den Mitgründern als Empfänger des zugunsten des Aktienvereins abgelegten Versprechens anzusehen ist. Überzeichnung kommt hier kaum vor, und die Übernahmeerklärung wird regelmäßig sofort von den übrigen akzeptiert. Aber wenn z. B. ein Gründer nachträglich Aktien übernimmt, kann erst in der Akzeptation durch die Mitgründer die Perfektion des Vertrags zugunsten des Aktienvereins erblickt werden." Nach Gareis[25]) ist die Übernahme die unbedingte, die Zeichnung die bedingte Beitrittserklärung zur Aktiengesellschaft. Er betont zwar, daß die erstere nicht mit der letzteren zusammenfalle, die Zeichnung vielmehr nur eine Art der Übernahme sei[26]), so daß man eine Konstruktion der Übernahme als des angenommenen Oberbegriffes erwarten sollte, versteht aber gleich darauf bei der Erörterung der Rechtsnatur der Aktienzeichnung unter dieser auch die Aktienübernahme mit[27]). Nach Anführung der übrigen Theorien kommt auch er zu dem Resultate, daß das Richtige die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter, nämlich zugunsten der künftigen Aktiengesellschaft, sei, geschlossen zwischen dem Zeichner und demjenigen, der die Zeichnung annehme (meist Gründer).

Sehen die oben zitierten drei Autoren in der Aktienübernahme lediglich einen Vertrag zugunsten Dritter, so schreibt eine weitere Theorie diesem Rechtsakt eine Doppelnatur zu, indem sie annimmt, daß in der Aktienübernahme außer einem Vertrage zugunsten Dritter auch ein Element eines sozialrechtlichen Schöpfungsaktes enthalten sei. Der Begründer dieser Theorie ist Gierke[28]). Hinsichtlich der Vertragsnatur der Übernahme fußt er im wesentlichen auf

[25]) Gareis HR. S. 138.
[26]) Gareis HR. S. 219 Anm. 1.
[27]) Gareis HR. S. 220 Anm. 4.
[28]) Gierke G.-Th. S. 124 Anm. 2.

Renaud, führt aber dann weiter aus, daß sich die Aktienübernahme von gewöhnlichen Verträgen zugunsten Dritter durch die genossenschaftliche Natur der übernommenen Verbindlichkeiten unterscheide. Dieselbe soll nicht als Obligation zwischen einander fremden Personen, sondern als Mitgliedschaftspflicht in der Körperschaft perfekt werden. „Die Aktienzeichnung[29]) sei nicht blos ein für die künftige juristische Person äußeres Rechtsgeschäft, sondern ein Bestandteil ihres inneren Konstitutivaktes". Auch bei Gaubatz[30]), Reis[31]) und Garsen[32]) zeigt die rechtliche Struktur der Aktienübernahme ein doppeltes Gesicht. Sie weichen aber insofern etwas von Gierke ab, als sie außer dem einseitigen, auf die Errichtung der Aktiengesellschaft abzielenden Statusakt nicht einen Vertrag zugunsten Dritter, sondern einen einfachen individualrechtlichen Vertrag des Inhalts annehmen, daß jeder Gründer die erste Einzahlung zu leisten verspricht, und dafür die Gründergenossen sich ihm gegenüber verpflichten, ihn bei den weiteren Gründungsakten in entsprechender Weise zu berücksichtigen. Eine Doppelnatur schreibt schließlich noch Makower[33]) der Aktienübernahme zu. Doch weicht auch er von der vorhergehenden Theorie etwas ab. Nach ihm besteht die Übernahmeerklärung aus zwei auseinanderzuhaltenden Bestandteilen, aus einer Erklärung gegenüber einzelnen Personen und aus einer Erklärung gegenüber der zu errichtenden Gesellschaft. Soweit in der Übernahmeerklärung eine Erklärung gegenüber einzelnen Personen liegt, bindet sich der Erklärende gegenüber diesen Personen, eine un-

---

[29]) Auch Gierke gebraucht den Ausdruck „Aktienzeichnung" als Oberbegriff.

[30]) Gaubatz S. 39 ff.

[31]) Reis S. 74 ff.

[32]) Garsen S. 39 ff.

[33]) Makower § 182 Anm. II b 1 u. 2.

mittelbare Bindung gegenüber der künftigen Gesellschaft einzugehen. Die Erklärung aber hat, je nach den Umständen, unter denen sie abgegeben wird, eine verschiedene rechtliche Bedeutung. Als Bestandteil eines Vorvertrags über Vereinserrichtung ist sie anzusehen, wenn sie in einer Übernahmeverhandlung, in welcher nicht sofort alle Aktien übernommen werden, abgegeben wird. Wird sie jedoch in einer Gleichgründungsverhandlung bei sofortiger Übernahme aller Aktien abgegeben, so erblickt Makower darin den Bestandteil eines zwischen allen Gründern abgeschlossenen Vertrags über gleichzeitig erfolgende Vereinserrichtung. Soweit aber die Erklärung gegenüber der zu errichtenden Gesellschaft abgegeben wird, erklärt der Unternehmer, der zu errichtenden Gesellschaft als Mitglied unter Übernahme einer bestimmten Anzahl Aktien und Bewirkung einer entsprechenden Beilage beitreten zu wollen. Diese Erklärung aber faßt er als einen einseitigen Rechtsakt auf, der zwar einem Vertragsangebot ähnelt, aber ein solches nicht ist.

Alle bisher angeführten Schriftsteller legen der Aktienübernahme mehr oder minder Vertragsnatur bei. Im Gegensatz hierzu spricht ihr Lehmann[34]) diese vollkommen ab und erklärt die bei der Aktienübernahme eventuell mitsprechenden vertraglichen Momente für naturales Beiwerk. Er erblickt vielmehr in der Übernahme einen einseitigen, auf Mitgliedschaft in der künftigen Aktiengesellschaft gerichteten Statusakt, vergleichbar dem Eintritte in ein Staats- oder Gemeindewesen. Zur Begründung dieser Ansicht führt Lehmann trefflich aus: „Durch Unterzeichnung des Statuts erklärt der Zeichner[35]), in Gemäßheit desselben Mitglied der Korporation werden zu wollen. Ist die vorschriftsmäßige Anzahl übereinstimmender Willenserklärungen vorhanden,

[34]) Lehmann A.-G. 348 ff.

[35]) Lehmann gebraucht gleichfalls das Wort „Zeichnung" als Oberbegriff für Zeichnung und Übernahme.

kann die Gesellschaft errichtet werden, die Gesellschaft in Kraft treten. Nicht weil die Mitglieder sich gegenseitig sozietätsmäßig obligiert haben, sondern weil sie durch einen Gesamtakt den übereinstimmenden Willen betätigt haben, Mitglieder der Körperschaft zu werden. Jeder Zeichner äußert dabei den Willen für sich; alle geäußerten Willen aber haben denselben Inhalt. Die Übereinstimmung des Inhalts ist die unerläßliche Bedingung für das Zustandekommen der Körperschaft." Lehmanns Theorie hat immer mehr an Boden gewonnen und dürfte heute im wesentlichen die vorherrschende sein[36]).

Überblickt man die gesamte Doktrin über die Aktienübernahme, so kann man eine eigenartige Entwicklung bemerken. Anfangs vollkommen von individualrechtlichen Anschauungen beherrscht, löst man sich nach und nach von diesen los, bringt allmählich immer mehr sozialrechtliche Bestandteile in die rechtliche Struktur der Aktienübernahme hinein, bis man diese schließlich nur vom sozialrechtlichen Standpunkte aus betrachtet.

Der einfache römisch-rechtliche obligatorische Vertragsschluß mußte der unbestreitbaren Tatsache weichen, daß die Wirkungen der Aktienübernahme über die internen Verhältnisse der Übernehmer weit hinausreichen, und daß die Übernahme der Bestandteil eines schöpferischen Aktes ist. Da bei der Annahme eines Vertrages die Rechte aus der Übernahme den Übernehmern gegenseitig zustanden, bedurfte es einer besonderen Konstruktion zur Erklärung der juristischen Tatsache, durch welche diese Rechte auf das neu entstehende Rechtssubjekt übertragen wurden. Da aber die tatsächlichen Vorgänge dem nicht entsprachen, und Theorie und Praxis gleichfalls anerkannten, daß die Aktiengesellschaft

[36]) Auf Lehmann fußen: Clavuot S. 31, Ebert S. 6, Hellwig S. 251, Homberger S. 7 ff, Siebert S. 47, Silbernagel S. 138, Takaki S. 35ff, Wachtel S. 7, Werner S. 9.

mit ihrer Entstehung die Rechte und Pflichten aus der Übernahme ohne weiteres erwirbt, und zur Übertragung derselben kein besonderer Rechtsakt nötig ist, so kam man auf den Vertrag zugunsten Dritter, mit dem man alle Mängel der obigen Theorie beseitigen wollte. Dieser Vertrag bezweckt nicht eine Rechtswirkung unter den Parteien, sondern zielt auf eine Rechtswirkung außerhalb der Parteien hin, und es entfällt damit auch die Notwendigkeit, durch besonderen Rechtsakt die Rechte aus der Übernahme auf die Aktiengesellschaft übergehen zu lassen. Hatte man damit scheinbar schon viel gewonnen, so mutete man dem Vertrag doch immer noch eine Kraft zu, die er bisher nie besessen hatte und auch nicht besitzen kann, will man diesen Rechtsbegriff in seiner bisherigen Tragweite anwenden, nämlich die Kraft, ein neues Rechtssubjekt hervorzubringen. Dies erkannte man wohl; man sah ein, daß man mit dem Vertragsbegriff nicht auskommen könne, und Gierke[37]) hat das Verdienst, zuerst klargelegt zu haben, daß man es hier mit einem sozialrechtlichen Vorgange zu tun habe. Doch konnte er sich von der bisherigen Lehre der Vertragsnatur der Übernahme noch nicht ganz losreißen und gab ihr eine Doppelnatur, dergestalt, daß sie zugleich Vertrag zugunsten Dritter und Bestandteil eines schöpferischen Gesamtaktes sein sollte. Barg diese Nebeneinandersetzung schon an und für sich einen Widerspruch in sich, so wies Hellwig[38]) bald die Unmöglichkeit der gleichzeitigen Subsumtion unter die Kategorie der Verträge zugunsten Dritter nach den Grundsätzen des BGB. nach, indem er darauf aufmerksam machte, daß die dem Versprechenden nach BGB. § 334 dem Dritten gegenüber zustehenden Einreden aus dem Vertrage dem Aktienübernehmer nach der übereinstimmenden

[37]) Gierke, a. a. O.
[38]) Hellwig S. 252.

Ansicht von Theorie und Praxis der Aktiengesellschaft gegenüber versagt werden. Entzog Hellwig der Annahme eines Vertrags zugunsten Dritter den Boden, so gab Lehmann[39]) den Vertragsmomenten, die bei der Aktienübernahme mitspielen, die richtige Stellung. Sie sind im Hinblick auf die entstehende Aktiengesellschaft nur „naturales Beiwerk". Selbstverständlich werden sich die Gründer darüber einigen, wie das Grundkapital unter ihnen verteilt werden soll, und sie werden sich auch oft zur Übernahme eines bestimmten Teils verpflichten. Diese Verabredungen können Gegenstand einer Vorgründungsverhandlung sein, sie können auch erst in der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung, in der die Übernahme selbst erfolgt, getroffen werden. Diese Vereinbarungen sind aber streng zu sondern von den tatsächlichen Erklärungen der einzelnen Gründer, daß sie soundsoviel Aktien übernehmen, und sind rechtlich für die Entstehung der Aktiengesellschaft bedeutungslos.

Wenn der Gründer erklärt: „Ich übernehme Aktien im Werte von . . . . M.", so erklärt er damit seine Mitgliedschaft zur entstehenden Aktiengesellschaft in Gemäßheit des aufgestellten Statuts. Er unterwirft sich dem Statute und verspricht, die darin festgesetzten Einlagen gegen eine bestimmte Anzahl Aktien zu machen, und zugleich gibt er damit dem Willen Ausdruck, daß die Gesellschaft dem Statut gemäß ins Leben treten soll. Diese Beitrittserklärung, der die Resolutivbedingung anhaftet, daß die Gesellschaft nach der statutarisch festgelegten Norm zur Entstehung gelange, bildet den Inhalt der Aktienübernahme.

Bei der Betrachtung der rechtlichen Natur dieses Rechtsaktes müssen wir von dem Wesen des ganzen Gründungsaktes ausgehen, als dessen wichtigster Teil sich die Aktienübernahme darstellt. Wir hatten gefunden, daß der Grün-

[39]) Lehmann, a. a. O.

dungsakt ein einseitiger Gesamtakt sei, bestehend aus dem Zusammenhandeln der Gründer zwecks Schaffung eines neuen Rechtssubjekts, eines rechtsfähigen Vereins, und daß er vollkommen unter sozialrechtlichen Normen stehe. Unter demselben Gesichtspunkt ist die Aktienübernahme als einzelnes Entstehungsmoment zu betrachten. Das Gesetz verlangt, daß die Gründer in übereinstimmender Form vor Registerrichter oder Notar ihren Beitritt erklären. Jede Beitrittserklärung[40]) muß in Gegenwart aller Mitgründer erfolgen, da die Übereinstimmung aller Erklärungen wesentliches Erfordernis ist. Die einzelne Übernahme qualifiziert sich also als eine einseitige Willenserklärung. Sie führt allerdings zu ihrem Ziele nur, wenn sie mit Zustimmung der Mitgründer abgegeben wird. Dies ist aus der erforderlichen Übereinstimmung der abgegebenen Beitrittserklärungen und zum Teil aus der Wirkung zu folgern, die das Gesetz der Übernahme des gesamten Grundkapitals bei der Simultangründung beilegt. Daraus ergibt sich aber noch keineswegs die Vertragsnatur der Übernahmehandlung. Indem der einzelne sich zum Mitglied der werdenden Körperschaft setzt, nimmt er vielmehr einen sozialrechtlichen Konstitutivakt vor, und die Summe aller dieser Konstitutivakte schließt sich zu einem Gesamtakt zusammen. Perfekt wird die einzelne Beitrittserklärung, wenn sie die in der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung gewählte Form erhalten hat. Gewöhnlich wird sie in der Unterzeichnung des Statuts und Protokollierung desselben bestehen. Sie kann aber auch in einer besonderen Urkunde vorgelegt und deren Verlesung und allseitige Genehmigung protokolliert werden — so wohl meist in Nachtragsverhandlungen im Sinne des § 188 Abs. 2. —

Clavuot[41]) behauptet, daß die Übernahme nicht erst

[40]) Sowohl die des § 182 Abs. 1 wie die des § 188 Abs. 2.
[41]) Clavuot S. 32.

durch den Akt der Unterzeichnung der Gründungsurkunde erfolgt, sondern bereits vorher in der Statutfeststellungs- oder in einer Zusatzverhandlung mündlich oder schriftlich erklärt werde. In der Unterschrift aller Mitgründer erblickt er die Annahme der Mitgliedschaft. Clavuot gelangt zu dieser seiner Ansicht nur dadurch, daß er fälschlicherweise annimmt, das Gesetz schreibe bezüglich der Form der Übernahme nichts vor[42]). Dem ist aber nicht so. Wir haben schon oben nachgewiesen, daß das Gesetz für die Aktienübernahme ebenso eine Form fordert wie für die Statutfeststellung. Darum ist u. E. die Übernahme erst perfekt, wenn der Gründer entweder das Statut unterschrieben hat oder von ihm eventuell eine besondere Übernahmeurkunde vorgelegt und darüber das Protokoll aufgenommen ist. Durch diesen einen Akt erklärt er seinen Beitritt und gibt zugleich seine Zustimmung zum Beitritte der übrigen Mitgründer kund. Clavuot wird zu obiger Ansicht auch durch das Bestreben geführt, Übernahme und Zeichnung unter einen Hut zu bringen[43]). Er definiert beides als Mitgliedschaftsaufnahmegesuch. Dies läßt sich zwar für die Zeichnung aufrecht erhalten, nicht aber für die Übernahme, wie man aus obiger Erörterung ersieht. Diese beiden Rechtsakte lassen sich eben nicht einheitlich behandeln, will man jedem einzelnen voll gerecht werden. Die Übernahme ist definitive, endgültige, unbedingt bindende Beitrittserklärung, die Zeichnung nur Aufnahmegesuch, nur bedingt bindend. Die letztere bedarf einer ausdrücklichen Annahme durch die Gründer als Organ der werdenden Gesellschaft, durch die sie erst aktienrechtlich Bedeutung erlangt, die erstere bedarf einer solchen nicht. Eine Wesensverwandtschaft ist allerdings zwischen beiden Rechtsakten insofern

[42]) Clavuot S. 26; siehn auch oben § 12.

[43]) Dies ist auch in Takakis diesbezüglichen Ausführungen zu bemerken, S. 37 ff.

vorhanden, als die Annahme durch die Gründer auch der Zeichnung die Stellung eines Statusaktes verschafft; die Summe aller angenommenen Zeichnungen zuzüglich der mindestens fünf Übernahmeerklärungen stellt dann gleichfalls einen Gesamtakt dar, so daß bei beiden Gründungsarten das Grundkapital durch einen einseitigen Gesamtakt aufgebracht wird.

§ 14.

Wirkung der Aktienübernahme.

Was die Wirkung der einzelnen[1]) Aktienübernahme anbetrifft, so ergibt sich dieselbe aus ihrem Inhalte als Mitgliedschaftserwerb. Der Übernehmer erwirbt die von Gesetz und Statut bestimmten Mitgliedsrechte, und es erwachsen ihm bestimmte Mitgliedspflichten. Er hat den satzungsmäßigen Anspruch auf Aushändigung der von ihm übernommenen Aktien und ist zugleich gebunden, diese Aktien auch anzunehmen und dafür die erforderlichen Einzahlungen zu machen. Der Übernehmer unterwirft sich durch die Übernahme dem Statut und kann sich zweifellos nicht einseitig, d. h. ohne Einwilligung der übrigen von seiner Verbindlichkeit losmachen[2]). Nach übereinstimmender Ansicht von Theorie und Praxis ist der Übernehmer auch dann an seine Übernahme gebunden, wenn er dazu infolge eines Irrtums, durch arglistige Täuchung oder widerrechtliche Drohung veranlaßt worden ist. Dem Übernehmer wird eine Anfechtung wegen solcher Willensmängel aus dem Grunde versagt, weil die Übernahmeerklärung weit hinaus über den Kreis derer, denen gegenüber sie zunächst abgegeben wird, zu wirken bestimmt ist, und weil kraft „der Bedeutung der Vorschriften über die Errichtung der Aktiengesellschaften

[1]) Bezüglich der Übernahme aller Aktien siehe unten § 15.
[2]) Renaud S. 222.

als rechtspolizeilicher Normativbestimmungen[3]) unbedingt gefordert werden muß, daß das der Behörde nachgewiesene, die Entstehung der Aktiengesellschaft bedingende, Grundkapital derselben auch tatsächlich und unbedingt gehört[4]).

§ 15.

Die Errichtung der Aktiengesellschaft.

Für den Begriff der „Errichtung" der Gesellschaft enthält das Gesetz selbst keine Erklärung. Es trifft nur für den Fall der Simultangründung die Bestimmung, daß mit der Übernahme aller Aktien die Gesellschaft als errichtet gilt[1]). Diese Wirkung gab der Übernahme des ganzen Grundkapitals zuerst die Aktiennovelle von 1884. Bei der Sukzessivgründung ist ein besonderer Errichtungsbeschluß erforderlich, der in der vom Registergericht einberufenen Gründungsgeneralversammlung erfolgt[2]). Wie wir aus obiger Vorschrift ersehen, ist etwas ähnliches für die Simultangründung nicht erforderlich. Das Gesetz unterstellt vielmehr den das ganze Grundkapital übernehmenden Gründern den übereinstimmenden Willen, daß mit den geschaffenen Grundlagen die Gesellschaft errichtet sein und demnächst durch Eintragung zur Entstehung gelangen soll. Wir können auch hier wieder das Betreben des Gesetzes erkennen, in der Simultangründung eine gegenüber der Sukzessivgründung wesentlich vereinfachte Gründungsart zu geben.

Mit der Errichtung der Aktiengesellschaft ist der Gründungsakt abgeschlossen. Hiermit sind die wesentlichen Bedingungen für die Entstehung der Gesellschaft erfüllt,

---

[3]) Goldmann § 188 Ziff. 12.

[4]) Vergl. RG. II S. 132 ff. IX S. 36 ff. XIX S. 126 ff. XXXXV S. 107 ff.

[1]) HGB. § 188 Abs. 1.

[2]) HGB. § 196.

nur die Eintragung fehlt noch. Die beiden vom Gesetz geforderten Substrate, das unpersönliche in Gestalt des Grundkapitals, das persönliche in Gestalt der nunmehr fest umgrenzten Mitgliederzahl, sind vorhanden; die so gegebenen Elemente aber sind durch das festgestellte Statut zu einem einheitlichen Organismus verbunden[3]). Das gleichsam embryonale Gebilde der entstehenden Körperschaft hat die Reife erlangt, demnächst mit der Eintragung seinen Geburtsakt zu erleben.

Die vom Gesetz den Gründern unterstellte übereinstimmende Willensaktion ist nun kein Vertrag[4]), sondern als Bestandteil des Gründungsaktes ein in seiner Art recht markantes Beispiel eines einseitigen Gesamtaktes. Nach § 188 Abs. 1 HGB. ist mit Vollziehung dieses Gesamtaktes, wie schon erwähnt, die Gesellschaft als errichtet anzusehen. Das Gesetz bestimmt jedoch in § 200 Abs. 1, daß vor der Eintragung in das Handelsregister die Aktiengesellschaft als solche noch nicht besteht. Damit soll jedenfalls gesagt sein, daß nach außen zwar die Gesellschaft erst mit der Eintragung zur Entstehung kommt, nach innen aber schon mit der Errichtung zur Perfektion gelangt[5]). Im Innenverhältnis tritt die errichtete Gesellschaft schon durch die Errichtung in die aus der Mitgliedschaft der Aktienübernehmer gemäß der Satzung folgenden Rechte und Pflichten gegen diese Mitglieder ein. Damit ist allerdings die Entstehung der Aktiengesellschaft noch nicht unbedingt gesichert. Denn die die errichtete Gesellschaft repräsentierende Gesamtheit der Gründer kann darauf verzichten, die Gesellschaft zur Entstehung kommen zu lassen, indem sie einfach die Gesellschaft nicht zur Eintragung anmelden[6]).

[3]) Gierke D. P.-R. S. 484.
[4]) So Staub § 188 Anm. 4.
[5]) Ebenso Reis S. 78.
[6]) Vergl. Goldmann § 188 Ziff. 3.

Das aus der Errichtung hervorgehende Gebilde ist u. E. keine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts[7]), sondern ein nicht rechtsfähiger Verein[8]). Staub, der die erstere Ansicht vertritt, verwirft die letztere mit der Begründung, daß derartige Vereine begriffsmäßig den Zweck haben, dauernd im Rechtsverkehr aufzutreten, und daß hier das Moment der Möglichkeit des Mitgliederwechsels fehle. Diese beiden Gründe erscheinen nur als nicht stichhaltig und finden in keiner Gesetzesbestimmung irgendwelche Begründung. Es ist jedenfalls nicht zu bezweifeln, daß solche nicht rechtsfähige Vereine auch nur vorübergehend oder als Übergangsstadium zu einem anderen Rechtsgebilde im Rechtsverkehr auftreten können. Ebenso wird die Vereinsnatur nicht durch den Umstand ausgeschlossen, daß hier die Mitgliederzahl eine fest geschlossene und ein Mitgliederwechsel unmöglich ist.

Mit der Eintragung wird der nicht rechtsfähige Verein zur juristischen Person. Hier liegt nun keine Rechtsnachfolge vor, sondern die Eintragung qualifiziert sich als das letzte Glied in der Kette der zur Erzeugung der Aktiengesellschaft notwendigen Rechtsakte, die, unter der stillschweigenden Bedingung vollzogen, daß die Aktiengesellschaft zur Entstehung komme, mit der Erfüllung dieser Bedingung unbedingt bindend geworden sind.

---

[7]) So Staub a. a. O.

[8]) So Clavuot S. 38, Gleininger S. 16, Goldmann § 200 Ziff. 2, Pinner S. 63, Reis S. 79.